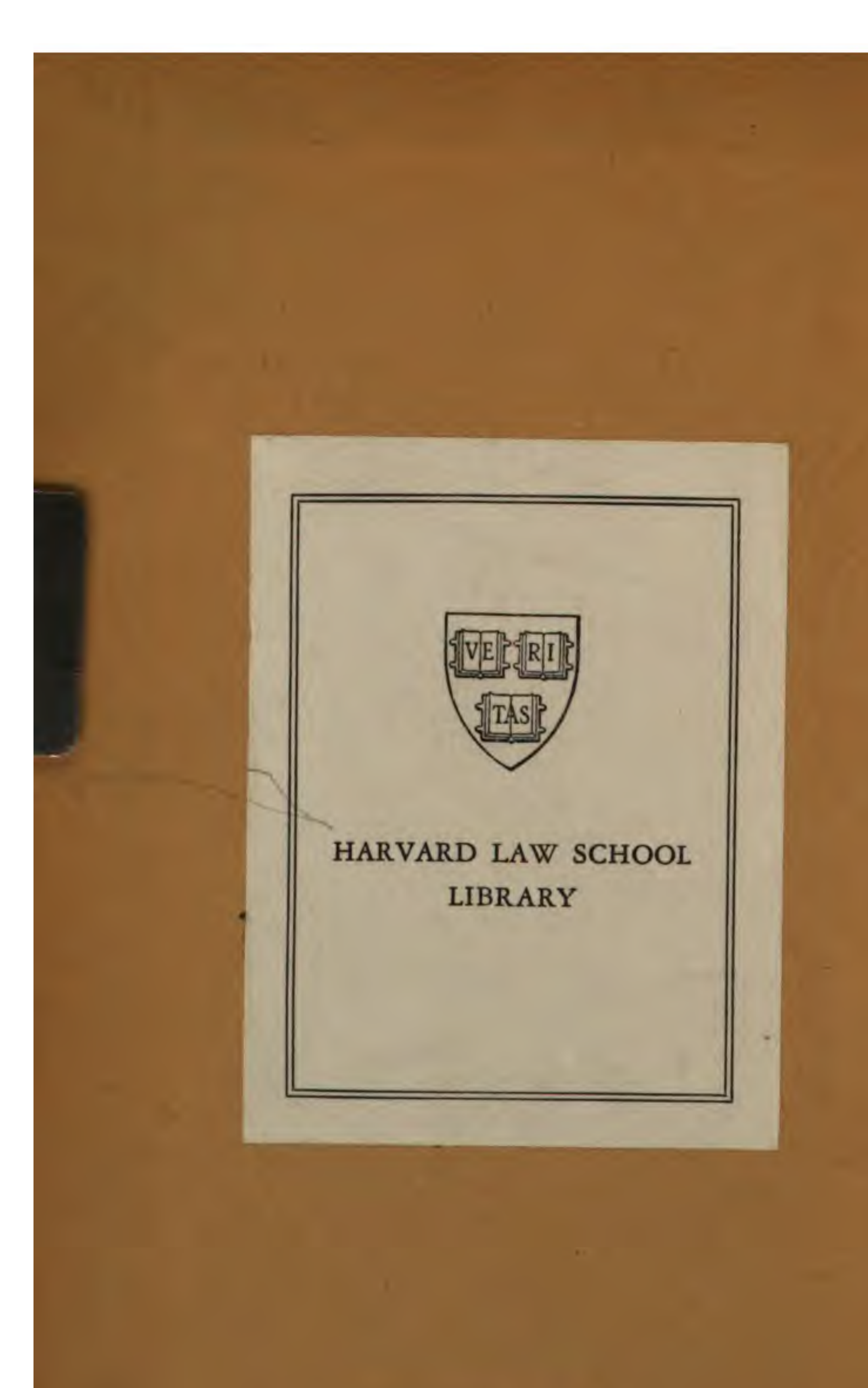
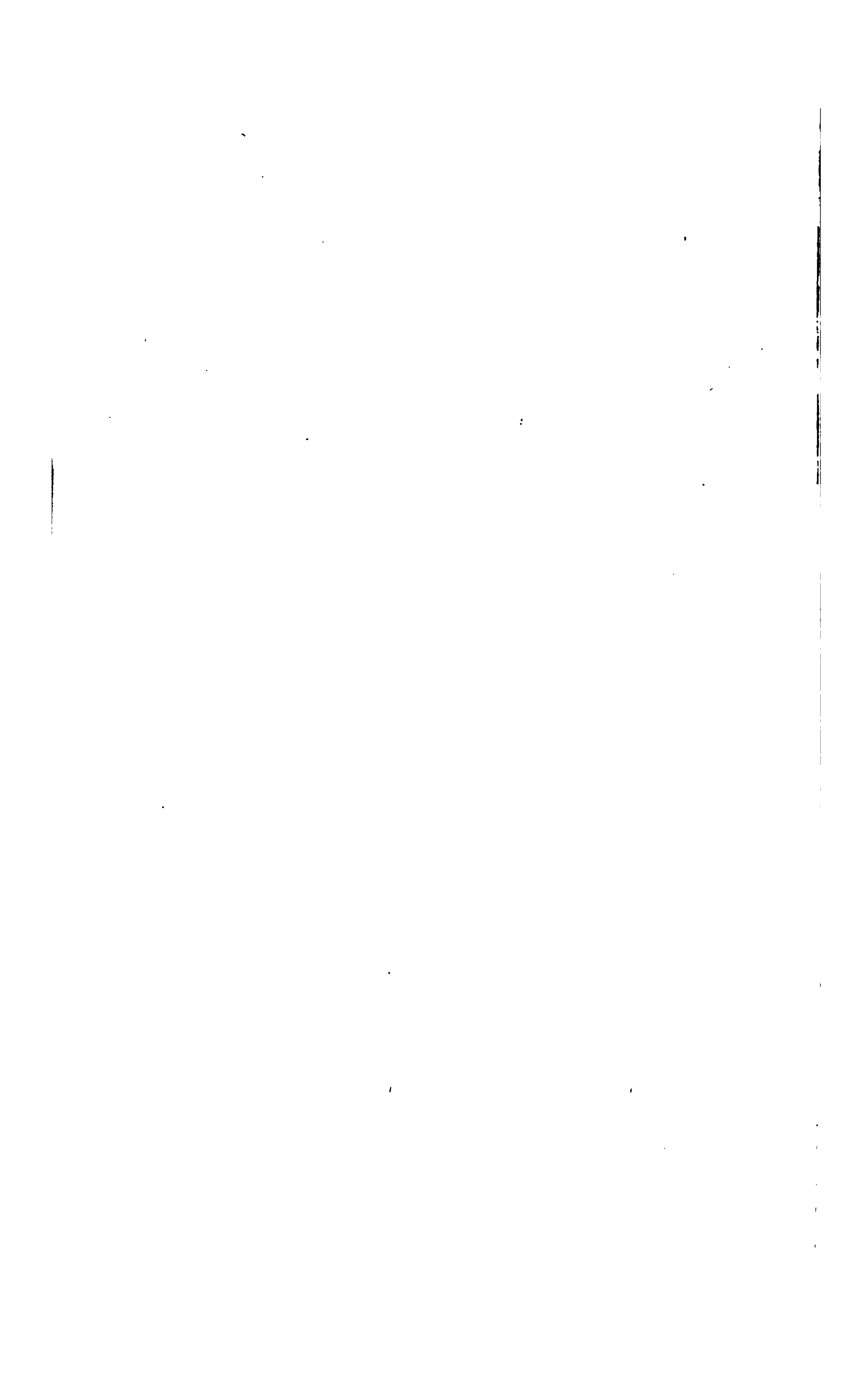

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 478 685


VE RI
TAS

Switzerland



Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Würde eines doctor iuris utriusque
der h. staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Universität Zürich

eingereicht von

Emil Schurter
von Zürich.

Zürich.
Druck von J. Schabelitz.
1890.

Grundzüge

des

materiellen Beweisrechtes

in der

schweizerischen Civilprozessgesetzgebung.

Grundzüge

des

materiellen Beweisrechtes

in der

schweizerischen Civilprozessgesetzgebung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines doctor iuris utriusque
der h. staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Universität Zürich

eingereicht von

Emil Schurter
von Zürich.

Zürich.
Druck von J. Schabelitz.
1890.

For Tt

S

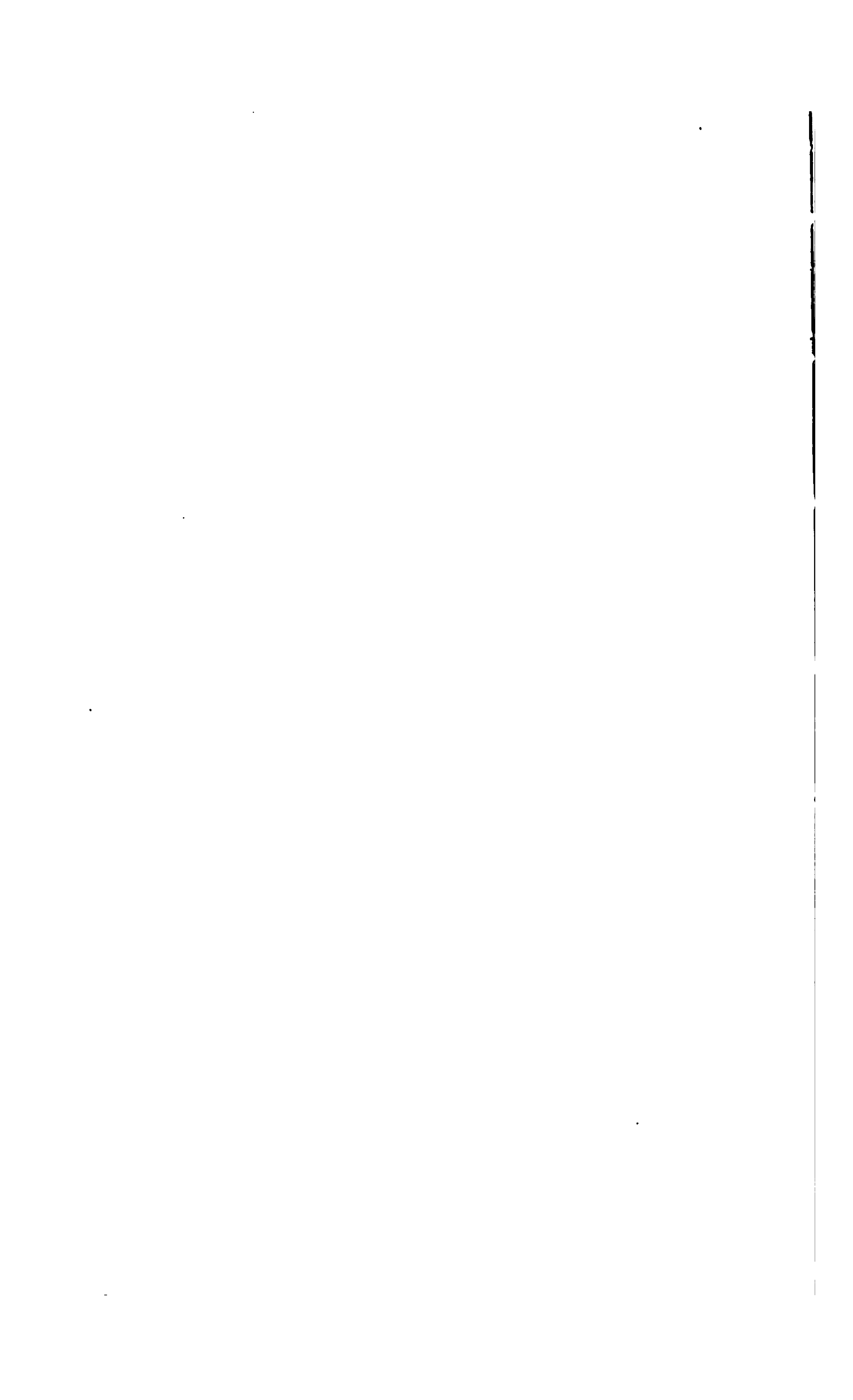
9/12/30

Den Bestrebungen

zur

schweizerischen Rechtseinheit

gewidmet.



Vorwort.

Die Pflege des vaterländischen Rechtes hat heute mehr denn je Aussicht auf lohnenden Erfolg. Seit die Idee der schweizerischen Rechtseinheit aufs neue wieder Wurzel gefasst, seit sie in verschiedenen wichtigen und wichtigsten Bundesgesetzen lebendigen Ausdruck gefunden, hat sich der schweizerischen Rechtswissenschaft die Aufgabe, an der Förderung des nationalen Rechtes mitzuwirken, ja Hauptanteil zu nehmen, immer mächtiger aufgedrängt. Die Entfaltung und Durchdringung des bereits errungenen positiven Bundesrechtes hat in einer Reihe wissenschaftlicher Arbeiten ihren Anfang genommen. Aber auch in der Schürfung und Verarbeitung des noch nicht einheitlich gestalteten Rechtsstoffes hat sich seit den letzten Jahren eine rege Tätigkeit entwickelt. Nachdem das Privatrecht der Kantone in dem nationalen Werke *Hubers* eine mustergültige Bearbeitung gefunden, ist nun bereits auch die Vorarbeit für die Unifizirung des Strafrechtes von kompetenter Seite an Hand genommen worden.

Soll aber das materielle Recht in seiner Einheit fruchtbringend sein, so muss seiner Unifizirung diejenige des formellen, des Prozessrechtes, auf dem Fusse folgen. Man hat gegen die Vereinheitlichung des Prozessrechtes freilich, und scheinbar mit Grund, eingewendet, dass ihr das zähe Festhalten des Volkes an seiner kantonalen Gerichtsorganisation im Wege stehe. Das ist allerdings ein Faktor, mit welchem bei uns mehr zu rechnen ist als anderwärts, wie im deutschen Reiche z. B., wo die Kodifizirung gerade mit dem Prozessrechte begonnen hat. Allein die Schwierigkeit, die hierin unzweifelhaft liegt, kann leicht umgangen werden. Das jüngste Bundesgesetz, das zugleich das erste ist, welches formelles Recht im weitern Umfange enthält, dasjenige über Schuldbetreibung und Konkurs (vom 11. April 1889), hat den Weg bereits gezeigt, auf welchem jener Schwierigkeit begegnet werden kann. Man braucht nur die äussere Gerichtsorganisation der kantonalen Gesetzgebung zu überlassen, so verschwinden alle Bedenken der angedeuteten Art. Sind die Kompetenzen und der Instanzengang einheitlich geregelt, so bedeutet die kantonale Regelung der äussern Organisation keinen wesentlichen Nachteil für die einheitliche Gestaltung des übrigen Prozessrechtes. Bei einer derartigen Lösung aber ist gerade das Prozessrecht als dasjenige Rechtsgebiet zu bezeichnen, welches am leichtesten und mit den geringsten Bedenken unifizirt werden kann; denn das Prozessrecht ist als ein formales, abstraktes Gebilde viel weniger mit eingewurzelten Volksanschauungen und Volksüberzeugungen verwachsen, als das materielle Recht, und deshalb wird das Rechtsbewusstsein des Volkes durch die Vereinheitlichung des

Prozessrechtes auch viel weniger berührt, als durch diejenige des materiellen Rechtes.

Die schweizerische Civilprozessgesetzgebung ist nun bis jetzt ein wenig bearbeitetes Feld. Der Mangel einer systematischen Darstellung des kantonalen Civilprozessrechtes hat sich erst jüngst, am letztjährigen Juristentage, sehr fühlbar gezeigt, als es sich darum handelte, die Stellung des Bundesgerichtes als oberster Instanz in Civilsachen bezüglich der Behandlung des tatsächlichen Prozessstoffes zu beleuchten. Die Resultate der Enquête von Bundesrichter Dr. *Hafner* konnten einem weitern Kreise nicht zugänglich gemacht werden, sonst wären diese damals wol geeignet gewesen, die nötige Auskunft zu bieten.

In gegenwärtiger Arbeit soll nun der Versuch gemacht werden, einen wichtigen Teil des schweizerischen Civilprozessrechtes, das Beweisrecht, soweit es sich nicht auf das blosse Verfahren bezieht, systematisch, aber auch kritisirend zu behandeln. Dabei wird die Theorie des alten gemeinen Civilprozesses und die frühere Partikulargesetzgebung Deutschlands, sowie das Civilprozessrecht Österreichs und Frankreichs herbeigezogen, wo sich deren Einfluss auf schweizerisches Recht erkennbar gezeigt hat.

Die Arbeit ist als Inauguraldissertation behufs Erwerbung des Doktorgrades verfasst, und es haften ihr, wie der Verfasser wol einsieht, alle die Mängel an, mit welchen solche Arbeiten verbunden zu sein pflegen. Insbesondere bitte ich, die rein theoretische Behandlungsweise zu entschuldigen und Ungenauigkeiten in der Auffassung und Darstellung einzelner

kantonaler Prozessbestimmungen in Anbetracht der Schwierigkeit und Weitschichtigkeit der Aufgabe sowol als des speziellen Charakters der Arbeit als Doktordissertation nachzusehen.

Für die zuvorkommenden Mitteilungen über einzelne Fragen und die bereitwillige Auskunft über nicht leicht zugängliche kantonale Civilprozessentwürfe bin ich den Herren Bundesrichter Dr. *H. Hafner* in Lausanne, Ständerat Dr. *G. Schoch* in Schaffhausen, Obergerichtsschreiber *J. Keller-Franke* in Aarau, Nationalrat Dr. *Fehr* in Frauenfeld und Professor Dr. *F. Gentet* in Genf zu besonderem Danke verpflichtet.

Zürich, Februar 1890.

Emil Schurter.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Erster Teil.

Die allgemeinen Lehren des materiellen Beweisrechtes.

I. Kapitel. Subjekt des Beweises.

II. Kapitel. Objekt des Beweises.

III. Kapitel. **Arten des Beweises.**

Zweiter Teil.

Die Lehre von den Beweismitteln und die Beweistheorie.

Erster Abschnitt.

Die einzelnen Beweismittel.

I. Kapitel. **Der Augenschein.**

II. Kapitel. **Die Urkunden.**

III. Kapitel. **Die Zeugen.**

IV. Kapitel. **Der Eid.**

V. Kapitel. **Die Parteienbefragung.**

Zweiter Abschnitt.

Die Beweistheorie und das Prinzip der freien Beweiswürdigung.

Corrigenda.

Seite 65 Zeile 1 von oben lies della prova, salvo statt della, prova salvo.

„ 129 „ 18 „ „ } lies 1831er statt 1837er.
„ 135 „ 4 „ „ }

„ 263 „ 1 der Note 213 lies das Stadtrecht statt der Stadtrat.

„ 363. In Note 312 ist die unrichtige Bemerkung, dass der Paternitätseid bereits im ersten Entwurfe der 1866er Civilprozessordnung des Kantons Zürich beseitigt worden, zu streichen und dafür zu notiren, dass in dem genannten Entwurfe allerdings der allgemeine Erfüllungseid nicht aufgestellt wurde und dass es hiebei im definitiven Gesetze bis zu der Revision im Jahre 1874 blieb.

Einleitung.

§ 1.

Das Beweisrecht des Civilprozesses lässt sich in materielles und formelles scheiden. Während das letztere den Inbegriff derjenigen Normen darstellt, die sich auf den Gang des Beweisantretungs- und Beweisaufnahmeverfahrens beziehen, enthält das erstere diejenigen Rechtsvorschriften, welche die Zulässigkeit, die Arten und die richterliche Prüfung des Beweises normiren. Die Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Prozessrechte wird auch in andern Kapiteln des Civilprozesses durchgeführt, so oft es sich darum handelt, die Bestimmungen über die Form der prozessualen Handlungen von denjenigen über deren Inhalt zu unterscheiden. Festzuhalten ist, dass auch das materielle Beweisrecht ins Gebiet des Civilprozessrechtes gehört. Es ist ein Teil des Rechtsvergewisserungsverfahrens, als welches sich der Civilprozess darstellt,[1] denn es stellt die Rechtssätze über die Art und Weise auf, wie einerseits dem Richter das tatsächliche Material vorgelegt werden muss, damit er die Operation der Rechtsvergewisserung vornehmen kann, und wie anderseits der Richter selbst sich

[1]) Diese Definition des Civilprozesses, die m. E. allen andern Definitionen vorzuziehen ist, stammt von *Bülow;* vgl. dessen zwei bedeutende Abhandlungen im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 62, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, p. 75 ff., 89 ff. und ebenda Bd. 64, Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, p. 25 ff.

zu dem vorgelegten tatsächlichen Material bei jener Operation zu verhalten hat. Dass die verschiedene Gestaltung dieser Normen für die Befriedigung des Rechtsschutzbedürfnisses von eminenter Wichtigkeit ist, leuchtet ohne weiteres ein, denn je nach der Art, wie dieselbe positivrechtlich ausfällt, ist es dem Rechtsschutzbedürftigen leichter oder schwerer, zu seinem Ziele zu kommen: ein schlechtes materielles Beweisrecht wird oft die Realisirung der vom materiellen Civilrechte verheissenen Rechtsbefugnisse zur Unmöglichkeit machen und das beste Beweisrecht wird dasjenige sein, welches einen begründeten Rechtsanspruch am einfachsten und zugleich am sichersten der richterlichen Vergewisserung teilhaftig werden lässt.

Diese grosse praktische Bedeutung des materiellen Beweisrechtes ist es, welche das letztere als dem materiellen Civilrechte nahe verwandt erscheinen lässt. Ja, es fehlt nicht an Gesetzgebungen, welche dasselbe geradezu zu dem materiellen Civilrechte zählen. An der Spitze steht der code civil français, der in Buch I, Titel 3, Kap. 6 unter dem Titel „De la preuve des obligations, et de celle du paiement“ die dem Beweisrechte angehörigen Bestimmungen über den Urkundenbeweis (Art. 1317—1340), den Zeugenbeweis (Art. 1341—1348), den Beweis durch Vermutungen (Art. 1349—1353), denjenigen durch das Geständnis (Art. 1354—1356) und durch den Eid (Art. 1357—1369) enthält, mitten in den Bestimmungen des allgemeinen Teiles des Obligationenrechtes. Ausser dem italienischen Civilgesetzbuche und den andern dem code civil français nachgebildeten ausländischen Civilgesetzgebungen treffen wir dieselbe Erscheinung auch in den Civilgesetzbüchern der französischen Schweiz. Auch die Kantone *Freiburg, Waadt, Wallis, Neuenburg* und *Genf,* welche das französische Civilrecht nahezu unverändert adoptirt haben, stellen die materiellen Beweisrechtssätze in dem Abschnitt über das Obligationenrecht auf. Im Civilgesetzbuche des *Berner Jura,* das auch zu der welschen Gruppe gehört, sind die beweisrechtlichen Bestimmungen des Code civil durch die bernische Civilprozess-

ordnung aufgehoben bis auf die den Art. 1315—1328 und Art. 1332—1340 des französischen Code civil entsprechenden Rechtssätze über die Form der öffentlichen und der Privaturkunden.[2]) Das tessinische Civilgesetzbuch, welches in seinen meisten Teilen ebenfalls den Code Napoléon zum Vorbild genommen hat, enthält dagegen gar keine beweisrechtlichen Vorschriften.

Die französische Gesetzgebung scheint von dem unrichtigen Gedanken ausgegangen zu sein, dass die Frage, mit welchen Mitteln jemand einen Rechtsanspruch vor Gericht erfolgreich durchführen könne, zu dem allerdings dem materiellen Rechte angehörenden Kapitel über die Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit eines Anspruches zu rechnen sei, und damit scheint sie übersehen zu haben, dass es sich im Beweisrechte stets um die Realisirung eines bereits rechtswirksam bestehenden, aber bestrittenen oder subjektiv ungewissen[3]) Anspruches handelt. Die Realisirung eines blos behaupteten, aber nicht rechtswirksam bestehenden Anspruches muss selbstverständlich stets beim Versuche stehen bleiben.

Alle deutschschweizerischen Kantone, sowie der Kanton *Tessin* haben denn auch, gleich wie das deutsche Reich und Österreich, in durchaus richtiger Weise die Bestimmungen über das materielle, wie diejenigen über das formelle Beweisrecht, in die Gesetze über den Civilprozess verwiesen. Es muss übrigens bemerkt werden, dass auch die Civilprozessgesetze der französisch sprechenden Kantone einzelne und zum Teil ziemlich zahlreiche Bestimmungen enthalten, welche zweifelsohne dem Gebiete des materiellen Beweisrechtes angehören. Die Richtigkeit dieser Bemerkung wird sich aus den spätern Ausführungen ergeben.

---

[2]) Vgl. *Rossel*, Dr. V., Manuel du droit civil de la Suisse romande, Bâle-Genève-Lyon 1886, p. 340.

[3]) Als subjektiv ungewiss erscheint der Anspruch, welcher auf dem Wege der Feststellungsklage (D. C. P. O. § 231) realisirt werden soll.

Bekannt ist, dass die Entwürfe des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht den Satz aufgestellt hatten, dass die Verträge weder zu ihrer Gültigkeit, noch zu ihrem Beweise einer besondern Form bedürfen. Umgekehrt wollte die ständerätliche Kommission, sowie der Ständerat selbst, den französischrechtlichen Anschauungen Rücksicht tragend, die Bestimmung eingeführt wissen, dass bei Verträgen, die einen Geldwert von über 3000 Fr. beschlagen, der Zeugenbeweis nicht zugelassen werden solle, ausgenommen im kaufmännischen und Marktverkehr oder bei Abhandenkommen einer vorhanden gewesenen Urkunde.[4]) Mit Recht wurde aber weder die erwähnte Bestimmung der Entwürfe noch die ständerätliche Forderung bei der definitiven Beratung des Bundesgesetzes angenommen. Die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einzelner Beweismittel ist eine prozessrechtliche und gehört als solche nicht in ein Civilgesetzbuch. So enthält auch der bundesrätliche Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich keine einzige prozessrechtliche Bestimmung. Dass die in den §§ 193—198 des eben genannten Entwurfes enthaltenen Vorschriften über die Beweislast nicht zu dem Prozessrechte zu zählen sind, sondern durchaus dem materiellen Civilrechte angehören, soll später gezeigt werden.

Als bemerkenswerte Tatsache sei noch angeführt, dass in Britisch-Indien neben dem Code of civil procedure von 1882 ein eigenes (Civil- und Strafverfahren beschlagendes) Beweisgesetz in 167 Paragraphen existirt, die Indian Evidence Act[5]) von 1872. Diese umfasst sowol materielles (Part I und II) als auch formelles Beweisrecht (Part III: „Production and effect of evidence") und enthält einen Schatz von Erfahrungssätzen, wie er kaum anderswo in einer Kodifikation sich vorfindet. Mit welcher Sorgfalt die englische Jurisprudenz

---

[4]) Vgl. Kommentar zum Bundesgesetz über das Obligationenrecht von *Schneider* und *Fick*, 2. Aufl., Zürich 1883, Anm. 3 zu Art. 9, p. 51.

[5]) Vgl. The Anglo-Indian Codes, edited by *Whitley Stokes*, Vol. II. Adjective Law. Oxford 1888, p. 811 ff.

überhaupt das Beweisrecht pflegt, geht aus den grossen vorzüglichen Werken *Bentham*'s, *Starkie*'s, *Phillipp*'s, *Taylor*'s, *Stephen*'s u. A. hervor, die auf dem Kontinente (allenfalls mit Ausnahme Frankreichs) noch keine ebenbürtige Nachahmung gefunden haben. Wenn hier auch hin und wieder Sätze erscheinen, die unbestreitbar ins materielle Civilrecht gehören, so wird doch im grossen Ganzen das Beweisrecht von den Engländern eher zu demjenigen Rechte gezählt, welches das gerichtliche Verfahren regelt, als zum materiellen Rechte. So wird gerade die erwähnte Indian Evidence Act, die bis auf wenige abweichende Punkte nichts anderes ist als die Kodifikation des Beweisrechtes des englischen common law, in der citirten Sammlung von *Whitley Stokes* unmittelbar nach den Codes of criminal und civil procedure eingereiht[6]) und wie diese als „adjective law" im Gegensatz zu dem das materielle Recht umfassenden „substantive law" bezeichnet.

§ 2.

Die Beweisrechtssysteme der schweizerischen Kantone weisen eine grosse Mannigfaltigkeit auf. Wie die einzelnen Prozessgesetzgebungen verschiedenen Zeiten und verschiedenen Gebieten angehören, so stellen auch deren Rechtssätze verschiedene Stufen und verschiedene Arten der Entwickelung des Beweisrechtes dar. Wenn man aber erwartete, dass das schweizerische Prozessrecht in gleicher Weise wie das Civilrecht zahlreiche Institutionen und Anschauungen aus dem alten germanischen bezw. alamannischen oder burgundischen Rechte bewahrt hätte, so würde man sich bei einer Durchsicht der

[6]) Diese Tatsache ist deshalb nicht bedeutungslos, weil der genannte Herausgeber als Law-Member im Rate des Generalgouverneurs von Indien bei der Kodifikation des Beweisrechtes mitgewirkt hat.

gegenwärtig in Kraft bestehenden Civilprozessgesetze ziemlich enttäuscht sehen. Wol finden sich sporadisch noch einzelne Anklänge an altes deutsches Recht; man lese z. B. die Civilprozessordnung des Kantons *Glarus* nach: da sind eine ganze Menge unzweifelhaft uralter und echt volkstümlicher Ausdrücke zu treffen: so heissen die öffentlichen Urkunden hier „Brief und Siegel"; die Zeugen werden „Kundschaften" genannt; Akkorditen sind diejenigen, „welche nicht Franken für Franken bezahlt haben"; die Schwiegerväter von Mann und Frau heissen „Schwäher" und „Gegenschwäher"; verwerflich sind u. A. solche Zeugen, welche „Miet oder Gaben, Essen oder Trinken von einer Partei" empfangen haben; „Tagwen- und Genossamemänner mögen, wenn ein Tagwen oder eine Genossame in Rechtsstreit kommen, Kundschaft sagen, sofern sie sich unparteiisch verhalten" u. s. w. Neben diesen mehr formellen Eigentümlichkeiten finden sich hier und in den Prozessgesetzen anderer, namentlich urschweizerischer Kantone eine Reihe materieller Rechtsfiguren autochthonen Charakters; allein die Grundzüge des Prozessverfahrens tragen im grossen Ganzen doch überall einen neuern Charakter. Wenn auch allerdings die Offentlichkeit und die Mündlichkeit des Gerichtsverfahrens sich namentlich in der deutschen Ostschweiz zum Teil bis heute stets aufrecht erhalten hat, so ist eben doch der Einfluss, den die civilprozessrechtliche Wissenschaft in den letzten zwei Jahrhunderten, besonders aber in der ersten Hälfte des gegenwärtigen Jahrhunderts, auf die Gestaltung des schweizerischen Prozessrechtes ausgeübt hat, und nicht minder derjenige der deutschen Partikulargesetzgebung ein geradezu überwältigender zu nennen. Einzelne Civilprozessordnungen enthalten gerade im Beweisrechte oft ganz unverändert die Sätze des einen oder andern zur Zeit der Abfassung des Gesetzes gerade obenanstehenden Lehrbuches über Civilprozessrecht, andere haben die Civilprozessordnung irgend eines deutschen Staates zum unmittelbaren Muster genommen.

Diese auffallende Erscheinung erklärt sich aus der ganz

besondern Natur des Prozessrechtes als eines formalen Gebildes, das seine Wurzeln nicht in demjenigen Masse in dem individuellen Volksbewusstsein schlägt, wie es beim materiellen Rechte der Fall ist.

Wach nennt den Civilprozess eine Verstandesschöpfung, eine ausgeklügelte, nach strengen Gesetzen der Logik konstruirte Maschinerie, die aus ihrer materiellen Zweckbestimmung ihre Wesensbestimmung empfange. [7]) Und schon *Munzinger* drückte diesen Gedanken in folgenden zutreffenden Worten aus: „Der Prozess ist nicht sowol ein Recht des Volkes, als vielmehr ein Recht der Advokaten. Der Prozess ist nicht wie manches Stück des einheimischen traditionellen Civilrechtes aus dem Boden des Landes und Volkes hervorgewachsen. Es handelt sich bei dem Prozess auch nicht um oberste Rechtsgrundsätze und Ideen, sondern einzig und allein um die Zweckmässigkeit. Hier wirkt nicht die Anschauung des Volkes, sondern der freiräsonnirende Gedanke des Gesetzgebers. Jedes Volk wird ohne Besinnen das beste Prozessverfahren acceptiren, während bei vielen Materien des Civilrechts von einem „besten" Recht überhaupt nicht gesprochen werden kann." [8]) Wäre das Prozessrecht ein Recht des Volkes, so hätte der Kanton *Obwalden* nicht sozusagen kritiklos die Civilprozessordnung des Kantons *Zug* zu der seinigen machen können, während das materielle Recht dieser beiden Kantone ein verschiedenes ist. Wäre das Prozessrecht ein Recht, das mit Land und Volk in innigem Zusammenhang stünde, so könnte ein Staat nicht von heute auf morgen eine Prozessordnung einführen, die mit den Grundsätzen des eben noch geltenden Gerichtsverfahrens so vollständig bricht, wie dies in Preussen der Fall war, wo bis zum Jahre 1846 die allgemeine Gerichtsordnung von 1793 mit ihrem Inquisitionsverfahren in Geltung stand, dann aber durch die Verordnung über das Verfahren im Civilprozess vom 21. Juli

---

[7]) *Wach*, Vorträge über die Reichscivilprozessordnung, Bonn 1879, p. 2.

[8]) *Munzinger*, *W.*, Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit, Bern 1871, p. 79.

des erstgenannten Jahres die gemeinrechtlichen Prinzipien der Verhandlungs- und Eventualmaxime und der präklusivischen Reihenfolge der Prozesshandlungen wieder eingeführt wurden.[9])

Eben deshalb, weil der Civilprozess Juristenrecht, ein logisches und blos von dem Gedanken der Zweckmässigkeit beherrschtes Gebilde ist, hat es auch keinen besondern Reiz, die Geschichte des positiven Prozessrechtes eines Staates zu cultiviren. Schon aus diesem Grunde wird sich die folgende Darstellung der Grundzüge des schweizerischen Beweisrechtes auf das gegenwärtig in Kraft stehende Prozessrecht beschränken, abgesehen davon, dass eine geschichtliche Betrachtung dieser Materie von jedem einzelnen Rechtsquellengebiete aus geführt werden müsste und wegen der unendlichen Fülle des zu verarbeitenden historischen Materials eine äusserst mühevolle Leistung von immensem Umfange bedingen würde.

Soweit es sich aber darum handelt, die Entwickelung einzelner leitender Grundgedanken des Beweisrechtes zum Zwecke der Kritik sowie überhaupt des bessern Verständnisses der positivrechtlichen Prozessnormen darzulegen, wird eine geschichtliche Beleuchtung in diesem Sinne gerade in der vorliegenden Arbeit um so öfter Platz greifen müssen, als sie sich mit Rechtsquellen zu beschäftigen hat, die zum Teil zeitlich weit auseinander liegen. So enthalten die ältern Prozessgesetze z. B. eine mehr oder weniger formale Beweistheorie, während die neuern entsprechend dem Stande der modernen Prozessrechtswissenschaft die Tendenz nach einer freiern Regelung der Beweistheorie bekunden; dabei zeigen sich eine Menge von Nuancirungen nach der einen und der andern Richtung, die sich eben nur aus ihrer Entstehungszeit erklären lassen, und es treten Mittelstufen einzelner Institute auf, die nur bei einer historischen Betrachtungsweise zu verstehen sind. Es

---

[9]) Vgl. *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechtes, I. Bd., Leipzig 1885, p. 134; und *Koch*, Dr. *C. F.*, Der preussische Civilprozess, Berlin 1848, § 119, p. 246.

wäre daher unrichtig, die eine oder andere kanonistische oder gemeinrechtliche Bestimmung in ihrer Isolirtheit, d. h. ohne Rücksichtnahme auf das ganze System, welchem sie jeweilen angehört, zu erörtern und zu kritisiren.

Freilich, wenn es sich de lege ferenda um die Existenzberechtigung einer Beweisrechtsnorm handelt, wird es am Platze sein, die Zweckmässigkeit und Brauchbarkeit derselben vom heutigen Standpunkte der Wissenschaft und der Gesetzgebung aus zu beleuchten. Da wird es sich allerdings zeigen, dass eine nicht unbedeutende Zahl veralteten und deshalb heute nicht mehr tauglichen Rüstzeuges in einzelnen kantonalen Prozessarsenalen sich vorfindet, dessen Beseitigung nur eine Frage der Zeit sein kann.

Wenn die Arbeit in dieser Beziehung einen kleinen Beitrag für die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des gesamten Rechtsstoffes in der Schweiz liefern würde, so rechtfertigte sich die Wahl des Thema's schon aus diesem Grunde.

Aber auch abgesehen von diesem praktischen Zwecke wird es nicht ohne wissenschaftliches Interesse sein, ein Bild von der Gestaltung des wichtigsten Teils des Civilprozesses in der Schweiz, wenn auch nur in Umrissen, zu entwerfen. Zu diesem Zwecke mag es genügen, wenn einmal nur der ordentliche Prozess berücksichtigt und sodann von dem Beweisrechte nur der bedeutend wichtigere und überdies interessantere Teil desselben, nämlich die sogenannten materiellen Beweisnormen, behandelt werden.

---

§ 3.

Mit Rücksicht darauf, dass die Literatur über schweizerisches Civilprozessrecht eine überaus dürftige ist und das Gesetzesmaterial sich nirgends zusammenhängend verzeichnet findet, möge hier folgen eine

Übersicht über die gegenwärtige Civilprozessgesetzgebung in der Schweiz.

1. Kanton Zürich: Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege (Civil- und Strafprozess) vom 2. Dezember 1874. (Civilprozess mit Gerichtsverfassung in 752 §§.)

2. Kanton Bern: Revidirtes Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten vom 3. Juni 1883. (400 §§.)

3. Kanton Luzern: Organisationsgesetz vom 7. Juni 1866 (5. Titel: Richterliche Gewalt) und Gesetz über das Civil-Rechtsverfahren, in Kraft getreten am 1. Februar 1851. (344 §§.)

Eine Revisionsbewegung, die im Jahre 1882 einen Entwurf einer neuen Civilprozessordnung zeitigte, war ohne Erfolg. Die vorgeschlagenen Änderungen waren übrigens nicht von grosser Bedeutung.

4. Kanton Uri: Die Gerichtsverfassung ist enthalten in dem Reglement für die Justizbehörden des Kantons Uri vom 12. März 1886. (41 Artikel.) Civil-Prozess-Ordnung oder Verordnung über das bürgerliche Rechtsverfahren im Kanton Uri vom 24. November 1852. (90 §§.)

5. Kanton Schwyz: Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Kanton Schwyz vom 14. April 1848. (383 §§.)

Der schwyzerische Civilprozess befindet sich seit 1885 in Revision. Es sind bisher zwei Entwürfe aus den Jahren 1885 und 1888 (mit 355 resp. 338 §§), welche nicht wesentlich von einander abweichen, ausgearbeitet worden. Im Folgenden wird stets der erste Entwurf citirt.

6. Kanton Unterwalden ob dem Wald: Civil-Prozess-Ordnung vom 21. April 1869 (136 §§) mit Geschäftsordnung für die Civilgerichte vom 26. Juni 1866.

7. Kanton Unterwalden nid dem Wald: Dieser Kanton besitzt keine zusammenfassende Kodifikation des Civilprozess-

rechtes. Der vierzehnte Titel des Gesetzbuches für den Kanton Nidwalden handelt „Von dem Civilprozess". Dieser Titel zerfällt in sechs „Absätze" und diese wiederum in Artikel, die ihrerseits in einzelne Paragraphen eingeteilt sind. Die Artikel des 14. Titels stammen aus verschiedenen Jahren, einzelne aus den ersten Dezennien unseres Jahrhunderts, die meisten aber aus den 50er Jahren. Der Art. 5 des sechsten Absatzes, der „Vom Zeugenbeweis und Parteieid" handelt, datirt vom 22. Februar 1859.

8. Kanton Glarus: Civilprozessordnung für den Kanton Glarus, in Kraft seit 1. August 1860. (281 §§.)

9. Kanton Zug: Civil-Prozess-Ordnung für den Kanton Zug vom 15. Oktober 1863. (162 §§.)

10. Kanton Freiburg: Code de Procédure Civile vom 12. Oktober 1849. (748 §§.)

11. Kanton Solothurn: Civil-Prozessordnung vom 13. Dezember 1839. (387 §§.)

12. Kanton Baselstadt: Civilprozessordnung vom 8. Februar 1875. (280 §§).

13. Kanton Baselland: Gerichts- und Prozess-Ordnung vom 25. März 1867. (345 §§.)

14. Kanton Schaffhausen: Bürgerliche Prozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 25. Juni 1869. (499 §§.)

Seit dem Jahre 1880 befindet sich der gegenwärtige Civilprozess in Revision. Ein auch die Gerichtsverfassung umfassender Entwurf (in der Hauptsache das Werk von Ständerat Dr. *G. Schoch*) bildet den Anfang zu einer Reorganisation der Schaffhauser Justizgesetzgebung. Durch Beschluss des Grossen Rates vom 19. November 1887 wurden nun aber diese Gesetzgebungsarbeiten auf unbestimmte Zeit sistirt.

15. Kanton Appenzell A.-Rh.: Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung vom 25. April 1880. (123 §§.)

16. Kanton Appenzell I.-Rh.: Dieser Kanton besitzt keine vollständige Civilprozessordnung, dagegen folgende Justizgesetze:

1) Gerichtsordnung für den Kanton Appenzell I.-Rh., enthaltend einige allgemeine Grundsätze über die Gerichtsverfassung (2 Artikel), das Prozessverfahren (8 Artikel) und Bestimmungen über Bussen und Gebühren (3 Artikel). Sie ist datirt vom 24. November 1873.

2) Verordnung über die Prozesseinleitung und das Verfahren vor Vermittleramt im Kanton Appenzell I.-Rh. (ohne Datum, stammt aus neuerer Zeit). (10 Artikel.)

3) Verordnung betr. das Beweisverfahren vor Gericht vom 23. März 1874. (11 Artikel.)

4) Verordnung über das Rekurs-Verfahren im Kanton Appenzell I.-Rh. [I. Rek.-Verfahren gegenüber letztinstanzlichen Gerichtsurteilen (4 Artikel). II. R.-V. gegenüber Entscheidungen von Verwaltungsbehörden (6 Art.)]. Sie datirt vom 28. Mai 1880.

17. Kanton St. Gallen: Gesetz über den Zivilprozess im Kanton St. Gallen vom 6. März 1850. (270 Artikel.)

18. Kanton Graubünden: Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen für den Kanton Graubünden, in Kraft seit 1. Juni 1871. (330 Artikel.)

19. Kanton Aargau: Prozess-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Kanton Aargau vom 19. Dezember 1851. (437 §§.)

Ein vom 15. Februar 1880 datirter Entwurf zu einer neuen aargauischen Civilprozessordnung (500 §§) aus der Feder des Justizdirektors Dr. *Käppeli*, der die Redaktion, gestützt auf einen Grossratsbeschluss vom 10. Januar 1876 und ein Mandat des Regierungsrates vom 16. März 1877, übernommen hatte, blieb ohne Folgen bis 1888. Erst am 15. Juni 1888 überreichte der Regierungsrat eine in allen wesentlichen Grundlagen auf dem 1880er Entwurfe basirende neue Vorlage dem Grossen Rate, nachdem er dieselbe vorerst der Beratung der Gesetzgebungskommission unterstellt hatte. Seither hat sich nun eine rege Tätigkeit entwickelt, aus welcher ein Entwurf nach dem Ergebnisse der Grossratskommission (erschienen im

Oktober 1888) sowie auch ein solcher nach dem Ergebnis der ersten Lesung des Grossen Rates (datirt vom 28. November 1888) hervorgegangen sind. Im Folgenden wird stets der letztgenannte Entwurf citirt werden.

Nachdem endlich auch die zweite Lesung stattgefunden, wurde der endgültige Entwurf am 16. Juni 1889 dem Volke zum Entscheide vorgelegt, von diesem aber (mit 16652 verneinenden gegen 12537 bejahende Stimmen) verworfen.

20. Kanton Thurgau: Bürgerliche Prozessordnung vom 1. Mai 1867. (292 §§.)

Ein Entwurf zu einer neuen Prozessordnung, den das thurgauische Obergericht im Januar 1881 vorgeschlagen, wurde zur Vorprüfung an die Gesetzgebungskommission gewiesen, welche den Entwurf in den Monaten August bis November 1881 durchberiet. Im November 1882 beschloss jedoch der Grosse Rat, auf die Vorlage nicht einzutreten.

21. Kanton Tessin: Codice di Procedura Civile della Repubblica e Cantone del Ticino vom 7. Juni 1843. (608 Artikel.)

22. Kanton Waadt: Code de procédure civile vom 25. November 1869. (1072 Artikel incl. Executions- und Konkursverfahren.)

23. Kanton Wallis: Code de procédure civile du Canton de Valais vom 30. Mai 1856 (690 Artikel) und Loi sur l'organisation des tribunaux vom 24. Mai 1876. (49 Artikel.)

24. Kanton Neuenburg: Code de procédure civile de la République et Canton de Neuchâtel. I. Teil vom 1. Oktober 1878 und II. Teil vom 23. November 1881. (972 Artikel inkl. Executions- und Konkursverfahren.)

25. Kanton Genf: Loi genèvoise sur la procédure civile vom 8. November 1819. (771 Artikel.)

Aus dieser Übersicht ergibt sich, dass nur die beiden Kantone *Nidwalden* und *Appenzell I.-Rh.* keine einheitlichen Civilprozessgesetze besitzen, dass es aber auch diesen nicht

an jeglichen positiven Vorschriften über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gebricht. Aus der Angabe der Paragraphenzahl eines jeden Prozessgesetzes geht hervor, von wie verschiedenem Umfange die Civilprozessgesetzgebungen sind. Während der Kanton *Uri* sich in 90 §§ eine ganz leidliche Prozessordnung gibt, die für seine Verhältnisse vollkommen ausreichen mag, hat der Code de procédure civile des Kantons *Waadt* beinahe den zwölffachen Umfang. [10])

§ 4.

Was die Anordnung in der Behandlung des materiellen schweizerischen Beweisrechtes betrifft, so lässt sich der Stoff leicht in zwei Hauptteile trennen. Den ersten Teil bilden die allgemeinen Lehren des Beweisrechtes, während dem zweiten Teil die Lehre von den einzelnen Beweismitteln zugeschieden werden kann. Diese in die Augen springende Einteilung empfiehlt sich hier um so mehr, als sämtliche Civilprozessgesetze dieselbe ebenfalls aufweisen.

Im allgemeinen Teile soll behandelt werden die Lehre von dem Subjekte, dem Objekte und den verschiedenen Arten des Beweises.

---

[10]) Zur Übersicht sei hier die chronologisch geordnete Reihenfolge der schweizerischen Civilprozessordnungen angeführt. Die Zweckmässigkeit derselben wird sich aus den späteren Kapiteln ergeben.

1819	Genf	1852	Uri	1871	Graubünden
1839	Solothurn	1856	Wallis	1873	Appenzell I.-Rh.
1843	Tessin	1860	Glarus	1874	Zürich (resp. 1866)
1848	Schwyz	1863	Zug	1875	Baselstadt
1849	Freiburg	1867	Obwalden	1878	Neuenburg
1850	Nidwalden	1867	Baselland	1880	Appenzell A.-Rh.
1850	St. Gallen	1867	Schaffhausen	1883	Bern
1851	Luzern	1867	Thurgau		
1851	Aargau	1867	Waadt		

Die Darstellung der sogenannten Beweistheorie, d. h. der Lehre von den Regeln, welche den Richter bei der Bildung seiner Überzeugung leiten sollen, kann nicht wol von der Darstellung der Beweismittellehre getrennt werden, da sich jene Regeln überall da, wo von einer Beweistheorie überhaupt noch gesprochen werden kann, auf die einzelnen Beweismittel beziehen und sich je nach der verschiedenen Stellung, welche die letztern im Beweisrechtssysteme einnehmen, verschieden gestalten.

Der Ausschluss des formellen Beweisrechtes von der gegenwärtigen Darstellung hat zur Folge, dass verschiedene Partien aus dem allgemeinen Teile der Beweislehre unerörtert bleiben werden. So wird die Lehre von der Eventualmaxime, die sich lediglich auf den Gang des Verfahrens bezieht, unbehandelt bleiben, ebenso aber auch die Frage, ob das Beweisverfahren einen besondern, durch das Beweisurteil eingeleiteten Prozessabschnitt bilde, wie im frühern gemeinrechtlichen Civilprozesse, oder ob es als blosser Inzidentpunkt behandelt werde, wie im französischen und heutigen gemeinen Reichscivilprozess.

Aber auch die Rechtssätze über die Verteilung der Beweislast, die sich in einzelnen Prozessordnungen vorfinden, gehören nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit, denn sie sind ihrem Inhalte nach durchaus nicht prozess-, sondern materiellrechtlichen Charakters. Die Verteilung der Beweislast kann nicht ein- für allemal in einem Civilprozessgesetze geregelt werden, vielmehr richtet sie sich stets nach der Natur der dem Richter vorgelegten Tatsachen, und der Satz „*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*“ weist den Richter nur an zu der Prüfung, auf welcher Seite ein *dicere* und auf welcher ein blosses *negare* liege. Dass aber diese Prüfung nur auf Grundlage der Rechtssätze des materiellen Civilrechtes erfolgen kann, ist nicht zu bestreiten, denn es handelt sich dabei stets um die Ermittelung derjenigen Tatsachen, die entweder die Voraussetzungen der rechtswirksamen Entstehung eines behaupteten Anspruches bilden oder vom Civilrechte als Voraussetzungen

für den Untergang eines bestehenden Anspruches gefordert werden.

Wenn einzelne Prozessordnungen den Satz aufstellen, dass der Kläger diejenigen Tatsachen zu beweisen habe, welche zur Substantiirung seiner Klage gehören, und dass dem Beklagten die Beweislast für diejenigen tatsächlichen Behauptungen obliege, für die der Satz *excipiendo reus fit actor* gilt, so wird damit in der Tat gar nichts ausgerichtet, denn diese Sätze sind in solcher Gestalt so selbstverständlich, dass ohne deren Handhabung durch den Richter ein Civilprozess sich überhaupt nicht denken lässt. So enthält sich denn auch die deutsche Reichscivilprozessordnung jeder Bestimmung über die Verteilung der Beweislast.

Erster Teil.

Die allgemeinen Lehren des materiellen Beweisrechtes.

Erstes Kapitel.

Subjekt des Beweises.

§ 5.

Einleitung. Der Begriff des Beweises im Civilprozesse.

Beweisen heisst im Prozessrechte Verschaffen der richterlichen Überzeugung von der Existenz einer Tatsache. Das höchste Ziel jeder Beweisführung ist die Überzeugung des Richters und nicht etwa die Herstellung objektiver Gewissheit an Stelle der Ungewissheit. Dass letzteres überhaupt nicht möglich ist, sobald es sich um Erscheinungen und Ereignisse der Aussenwelt handelt, lehren uns die Philosophen. — Das Substantivum Beweis ist abgekürzt aus dem alten „Beweisung" und bedeutet die Tätigkeit des Beweisens, wie *Heusler*[11]) nachweist. Hievon ist prinzipiell auszugehen, und es dürfen die Begriffe Beweismittel, Beweisgrund und Beweisresultat, die oft als „Beweis" bezeichnet werden, nicht mit dem Begriff „Beweis" in seinem eigentlichen Sinne vermengt werden.

Die präzise Formulirung der Definition des Begriffes „Beweis" für den Civilprozess hängt aber von der Auffassung des letztern ab; denn es liegt auf der Hand, dass der Beweis ein verschiedener ist, je nachdem der Civilprozess als eine Anstalt betrachtet wird, die den streitenden Parteien, den Rechtsuchenden überhaupt, jede Mühe abnimmt und deren An-

---

[11]) *Heusler*, Die Grundlagen des Beweisrechtes. Archiv für die civil. Pr., Bd. 62, p. 212 ff.

gelegenheiten als diejenigen der Gesamtheit behandelt, — so dass sich der Einzelne, die Prüfung aller zu entscheidenden Verhältnisse der Umsicht und der Unparteilichkeit des Richters überlassend, im wesentlichen passiv zu verhalten hat, — oder aber als eine staatliche Institution, die es dem Individuum überlässt, seine Sonderinteressen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Menschen vor dem Richter zu verfolgen, — so dass hier der Einzelne stets auf der Hut sein muss und dafür zu sorgen hat, dass er dem Richter den Stoff, den er von diesem geprüft wissen will, möglichst vollständig vorlege. — Ist die erste Auffassung die richtige, so wird der Beweis als diejenige Tätigkeit des Richters definirt werden müssen,[12]) welche dieser zu verrichten hat, um sich von der Wahrheit derjenigen bestrittenen Tatsachen, die den durch Urteil festzustellenden Anspruch begründen, zu überzeugen. Die Tätigkeit der Parteien kann hier nur als sekundäre Unterstützung für die prinzipale Tätigkeit des Richters in Betracht kommen. Ihre praktische Verwirklichung findet diese Auffassung in dem sogenannten Inquisitionsverfahren, das von dem Prinzipe der freien richterlichen Forschung beherrscht wird. Heute gibt es jedoch meines Wissens keine Civilprozessgesetzgebung, welche dieses Verfahren in seiner vollen Bedeutung durchführte.

Die zweite Auffassung ist m. E. die einzig richtige. Nach ihr liegt es dem Einzelnen ob, die Tatsachen, welche den von ihm behaupteten Anspruch begründen sollen, dem Richter vollständig und mit denjenigen Mitteln vorzulegen, welche diesen von der Wahrheit der Tatsachen zu überzeugen geeignet sind. Der Staat darf gewiss voraussetzen, dass seine Bürger für die Wahrung ihrer persönlichen Interessen selbst

---

[12]) Nach *Heusler*, a. a. O., p. 216, könnte hier gar nicht von Beweis gesprochen werden, weil zu einer Beweisführung stets zwei Personen notwendig seien: eine, die beweise, demonstrire, und eine zweite, die sich beweisen lasse. Dialektisch mag diese Argumentation richtig sein, allein dem Sprachgebrauch entspricht sie kaum, sonst gäbe es ja im Strafprozess gar keinen Beweis.

besorgt seien; ja, man ist wol berechtigt, zu behaupten, dass der Staat weil kein Interesse, auch kein Recht habe, bevormundend für seine handlungsfähigen Bürger da aufzutreten, wo das Staatswol in keiner Weise in Frage kommt.[13]) „Der Staat hat das Seinige getan, wenn er Behörden einsetzt, die durch ihre Rechtskunde, Geschäftstüchtigkeit und sittliche Zuverlässigkeit die erreichbar grösste Gewähr richtiger und unparteiischer Beurteilung des von den Parteien vorgelegten Materials bieten, und wenn er diesen Behörden ein Verfahren zur Pflicht macht, welches (innerhalb der durch die Anforderung möglichst baldiger Herstellung endgültiger Rechtsgewissheit gesteckten Grenzen) den Parteien ausreichende Gelegenheit gibt, ihre Rechtsinteressen wahrzunehmen und die Gründe wie Gegengründe für wie gegen das Bestehen des behaupteten Privatrechtsanspruches vorzubringen," sagt *Bülow* (a. a. O. p. 86) in vollkommen zutreffender Weise. Die Konsequenz dieser Auffassung führt notwendig zu dem Verfahren, das mit dem Stichworte Verhandlungsmaxime charakterisirt zu werden pflegt. Bezeichnender ist m. E. der neuere und deshalb noch weniger gebräuchliche Ausdruck Dispositionsprinzip, obwol auch diese Bezeichnung das Wesen, welches darunter verstanden werden soll, nicht erschöpft. In ihm ist der Gedanke ausgedrückt, dass es den streitenden Parteien vollkommen freistehen müsse, über ihre Privatrechte nach Belieben zu disponiren, ohne dass der Richter wider oder auch nur ohne ihren Willen sich in ihre persönliche Sphäre des Schaltens und Waltens einzumischen habe.[14]) Daraus ergibt sich unmittelbar die Unstatthaftigkeit der spontanen richterlichen Forschung. Es gilt

---

[13]) Ähnlich *Bülow*, freilich in anderem Zusammenhange. Archiv für die civ. Praxis, Bd. 62, p. 86.

[14]) Freilich muss man sich davor hüten, die Dispositionsfreiheit so aufzufassen, dass es vermöge derselben den Parteien erlaubt wäre, absolute Rechtsvorschriften abzuändern. Der Satz ius publicum privatorum pactis mutari non potest darf nie umgestossen werden. Vgl. hierüber *Bülow*, Dispositives Civilprozessrecht, Archiv für die civ. Praxis, Bd. 64, p. 1 ff., insbesondere pag. 39 ff.

der Satz: *da mihi factum, dabo tibi ius.* Die Parteien haben den ganzen Prozessstoff dem Richter herbeizuschaffen und zwar in solchem Umfange, dass es diesem möglich ist, auf Grundlage desselben ein Urteil zu fällen. Dazu gehört nun unzweifelhaft auch die Beschaffung desjenigen Materials, das den Richter von der Existenz der anspruchsbegründenden Tatsachen zu überzeugen geeignet ist.

Demnach muss die Definition des Beweisbegriffes hier von der Tätigkeit der Parteien ausgehen und kann etwa folgendermassen formulirt werden: Beweis im Civilprozesse ist diejenige Tätigkeit der Parteien, welche darauf gerichtet ist, den Richter von der Existenz bestrittener anspruchsbegründender oder anspruchsvernichtender Tatsachen zu überzeugen.

Subjekt des Beweises können also bei der richtigen Auffassung des Civilprozessbegriffes nur die Parteien sein, während im Inquisitionsprozesse der Richter als solches bezeichnet werden muss. Sehen wir nun zu, wie es sich damit in der Schweiz positivrechtlich verhalte.

§ 6.

Dispositionsmaxime und Prinzip der freien richterlichen Forschung in den schweizerischen Civilprozessgesetzgebungen.

Da die Frage, ob das Prozessrecht auf dem Prinzipe der freien richterlichen Forschung sich aufbaue, oder ob ihm die Dispositions- resp. Verhandlungsmaxime zu Grunde liege, von grundlegender Bedeutung ist, so wird es am Platze sein, dieselbe in ihrer Anwendung auf das schweizerische Recht etwas einlässlicher zu erörtern.

Die Dispositionsmaxime äussert ihre Wirkungen in drei Richtungen:

1. Einmal liegt in ihr der Satz, dass die Parteien frei disponiren können mit Bezug auf den Streitbeginn, dass also der Richter immer nur auf Ansuchen einer Partei einen Prozessstreit an Hand nimmt und durchführt. Das bedeutet die Parömie: **Ne procedat iudex ex officio.** Dieser Grundsatz ist ausdrücklich nur in den Civilprozessordnungen der Kantone *Bern, Freiburg, Aargau* und *Neuenburg* enthalten. *Bern* bestimmt nämlich in § 65 Abs. 2:

> Im Übrigen tritt die Tätigkeit des Richters auf Anrufen der Parteien und nur in denjenigen Fällen von Amtes wegen ein, wo ihm eine Amtshandlung gesetzlich geboten ist;

und *Freiburg* sagt in Art. 3:

> Les tribunaux s'occupent des affaires civiles à l'instance des intéressés et non d'office, à moins que la loi ne les y autorise spécialement;

ebenso *Neuenburg* in Art. 81. In gleicher Weise drückt sich *Aargau* [§ 1 und sein Entwurf (§ 1)] aus.

Wenn auch die Civilprozessgesetze der übrigen Kantone diese Seite des Verhandlungsprinzipes nicht expressis verbis formuliren, so beweist doch die ganze Struktur derselben, dass auch ihnen der Satz *ne procedat iudex ex officio* zu Grunde liegt. Auch die deutsche Reichscivilprozessordnung huldigt ja dem nämlichen Prinzipe, ohne dasselbe ausdrücklich aufzustellen.

2. Sodann enthält das Dispositionsprinzip die Forderung, dass die Parteien ausschliesslich über den Streitgegenstand zu disponiren haben, dass demnach der Richter nichts zuerkennen darf, was von ihm nicht erbeten ist: **Ne eat iudex ultra petita partium.** Diesen Grundsatz stellen die meisten Kantone in der Formulirung auf, wie sie in der Prozessordnung des Kantons *Zürich* in § 291 enthalten ist; hier wird nämlich bestimmt:

> Der Richter darf einer Partei weder mehr, noch Anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch minder, als der Gegner anerkannt hat.

So *Bern* in § 280, *Uri* in § 46, *Schwyz* in § 282, der Entwurf in § 273, *Glarus* in § 210c, *Freiburg* in Art. 451 Abs. 2, *Solothurn* in § 143, *Schaffhausen* in § 173, Entwurf in § 215, *Appenzell A.-Rh.* in § 100, *St. Gallen* in § 194, *Graubünden* in Art. 123, *Aargau* in § 278 Abs. 3, Entwurf in § 2, *Thurgau* in § 228, *Waadt* in Art. 285 Abs. 2, *Wallis* in Art. 303 und *Neuenburg* in Art. 85. Ebenso auch das Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (v. 22. November 1850), Art. 4.

Die Kantone *Luzern*, beide *Unterwalden, Zug, Baselland, Appenzell I.-Rh.* und *Tessin* stehen auf dem nämlichen Boden, wenn sie auch keine speziellen Bestimmungen hierüber aufstellen. Ihre Civilprozessordnungen sind alle auf dem Prinzipe der Parteiendisposition aufgebaut.

3. Die dritte Richtung endlich, in welcher sich die Verhandlungsmaxime äussert, ist die praktisch wichtigste. Sie geht dahin, dass die Parteien den Streitinhalt, den Prozessstoff, vollständig beherrschen, dass der Richter mithin nicht berechtigt ist, irgend welches tatsächliche Streitmaterial von sich aus, d. h. ohne den Willen der Parteien, in den Prozess einzuführen, sei es auch nur zur Ergänzung des von den letztern Vorgebrachten. Der Richter hat lediglich secundum allegata et probata partium zu entscheiden und für ihn gilt der Satz: **Quod non est in actis, non est in mundo.** Dieser Grundsatz ist wiederum in den meisten Kantonen ausdrücklich festgestellt.

Zürich sagt in § 286:

> Soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas Anderes vorschreibt, ist es lediglich Sache der Parteien, dem Richter das Tatsächliche des Streitfalles darzulegen, und dürfen Einreden und Gegeneinreden mit Ausnahme derjenigen, deren Nichtbeachtung Ungültigkeit des Verfahrens zur Folge hätte, nicht von Amtswegen ergänzt und tatsächliche Verhältnisse nur, soweit sie sich auf die Akten stützen, berücksichtigt werden.

Bern bestimmt in § 281 einfach:

> Das Gericht darf seinem Urteile keine Tatsache zu Grunde legen, die nicht von den Parteien angeführt (und als zugestanden oder als erwiesen zu betrachten) ist.

Ähnlich *Luzern* in § 193, *Glarus* in § 210 a., *Freiburg* in Art. 454, *Solothurn* in § 143, *Appenzell A.-Rh.* in § 100, *Graubünden* in Art. 121 Abs. 3, *Thurgau* in § 228, *Waadt* in Art. 285 Abs. 2 und *Wallis* in Art. 303. Ebenso bestimmt der *bundesgerichtliche* Civilprozess in Art. 2:

> Das Gericht darf tatsächliche Verhältnisse, welche in den Akten nicht enthalten sind, nicht berücksichtigen.

Neuenburg spricht das Verbot der spontanen richterlichen Tätigkeit viel rigoroser in Art. 81 Abs. 2 aus:

> Dans le cours de la contestation, et sauf les exceptions établies par la Loi, ils (sc. les juges) ne prennent aucune mesure et ne rendent aucune décision ni jugement, si non sur les conclusions d'une partie.

Dass der Richter auch keine Beweismittel in den Prozess einführen darf, auf welche die Parteien sich nicht ausdrücklich bezogen haben, heben folgende Kantone noch speziell hervor:

Uri in § 46:

> Dem Richter kommt es nicht zu, die Beweise der einen oder andern Partei durch, wenn auch bekannte aber nicht angebrachte Tatsachen zu ergänzen; sondern er darf sich nur an die vorgebrachten halten.

St. Gallen in § 193:

> Ohne Begehren einer Partei soll der Richter weder auf weitern Beweis erkennen, noch eine Einstellung, kommissionelle Untersuchung, Rückweisung oder irgendwelche andere Zwischenverfügung im Prozesse aussprechen, sondern unmittelbar zum Entscheid der aufgestellten Parteibegehren schreiten.

und *Tessin* in Art. 169:

> Il giudice fuori de' casi in cui è dalla legge espressamente autorizzato non può ordinare alcuna prova, se non sulla istanza d'una delle parti; nè esigere una prova maggiore oltre quanto le parti hanno offerto o richiesto.

Die Kantone *Obwalden* und *Nidwalden, Zug, Baselland* und *Appenzell I.-Rh.,* welche keine derartigen Bestimmungen in ihren Civilprozessordnungen aufstellen, müssen ebenfalls zu denjenigen Kantonen gerechnet werden, welche die Dispositionsmaxime prinzipiell durchführen, denn sie gewähren nirgends dem Richter die Befugnis, von sich aus nach neuem Prozessstoff zu forschen.

Das Dispositionsprinzip, das nach den obigen Angaben beinahe in allen Kantonen in Geltung steht, kann nun in seiner praktischen Anwendung verschieden durchgeführt werden. Es wäre möglich, dass ein Staat dasselbe mit solcher Strenge durchführte, dass der Richter verpflichtet würde, den Prozessstoff tale quale, wie ihn die Parteien vorlegen, entgegenzunehmen, ohne auch nur ein Wort zu seiner Aufklärung über denselben an die Parteien richten zu dürfen. Eine solche Auffassung der Dispositionsmaxime mag sich in einem gänzlich auf Schriftlichkeit ruhenden Verfahren bilden, weil hier der Kontakt zwischen Richter und Parteien auf ein Minimum sich reduzirt; sie ist aber durchaus verkehrt und der Ruin einer gesunden Rechtspflege. Ein gutes Teil der Vorwürfe, welche *Zink* [15]) und *Endemann* [16]) dem gemeinrechtlichen Civilprozessverfahren machen, bezieht sich auf die in der Praxis vielfach vorgekommene falsche Anwendung der Verhandlungsmaxime, während *Heusler* [17]) mit Recht darauf aufmerksam macht, dass

---

[15]) *Zink, E.*, Über die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprozesse. München 1860, passim, besonders Bd. I., p. 354 ff.

[16]) *Endemann, W.*, Die Beweislehre des Civilprozesses. Heidelberg 1860, passim.

[17]) *Heusler, A.*, Die Grundlagen des Beweisrechtes. Archiv für die civ. Pr., Bd. 62, p. 255 f.

in der Theorie des gemeinen Civilprozesses Auswüchse, wie sie von den beiden erwähnten Schriftstellern geschildert werden, nicht begründet sind. In der Tat gewährt der gemeine Prozess dem Richter ein umfassendes Erkundigungsrecht, das er zum Zwecke der Aufklärung über tatsächliche Punkte, die ihm in dem Vorbringen der Parteien unklar geblieben sind, ausüben kann.[18])

Es liegt eben in dem officium iudicis, dass der Richter die Tatsachen in ihrer wahren Gestalt auffasse und sich nicht binde an die unvollkommene Darstellung einer unbeholfenen Partei. So weit kann ja die Disposition der Parteien nicht gehen, dass diese den Richter zwingen könnten, eine Tatsache nur in derjenigen Gestalt zu beurteilen, in welcher sie dieselbe vorlegen; das wäre etwas Vernunftwidriges und insofern könnte man allerdings mit *Kohler*[19]) von einer Degradation der Gerichte sprechen. Vielmehr hat der Richter das Recht und die Pflicht, über die wahre Beschaffenheit der Tatsachen, welche ihm in mangelhafter Gestalt vorgelegt werden, jede erforderliche Auskunft von demjenigen, der sie vorgelegt hat, zu verlangen.

In vielen Fällen wird eine blosse Unklarheit durch die Befragung der Partei sofort gehoben werden können.

Wenn aber die nötige Auskunft nicht anders möglich ist, als dass der Richter einen Gegenstand der Aussenwelt, in welchem eine Tatsache verkörpert ist, seiner sinnlichen Wahr-

---

[18]) Vgl. *Martin*, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerl. Civilproz. 10. Aufl. Heidelberg 1827, § 126; *Bayer*, Vorträge über den gemeinen ordentl. Civilproz. 10. Aufl. München 1869, § 12, p. 34 f.; *Renaud*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozessrechts. Leipzig 1867, § 149; *Wetzell*, System des ordentl. Civilprozesses. 3. Aufl., Leipzig 1878, § 43, zu Note 46 und § 44, zu Note 3.

[19]) *Kohler, J.*, Der Prozess als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Civilprozesses. Mannheim 1888, p. 24. Dieser Schriftsteller geht dem Dispositionsprinzipe scharf zu Leibe. Er behauptet, dass dasselbe den Richter zum Spielball der Parteien und die Justiz zur Unjustiz mache. Praktisch kommt er jedoch ebenfalls zur Verneinung des Inquisitionsprinzipes (vgl. p. 23 f.), indem er dem Richter in der spontanen Benutzung von Streitstoff die Anwendung grösster Reserve auferlegt.

nehmung unterwirft, so hat der Richter das Recht, zu verlangen, dass man ihm jenen Gegenstand vorweise; handelt es sich um einen unbeweglichen Gegenstand, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als sich aus dem Gerichtssaal an Ort und Stelle, wo das immobile sich befindet, zu begeben; ein prinzipieller Unterschied besteht selbstredend nicht zwischen dem erstern und dem letztern Fall der sinnlichen Wahrnehmung. Beidemal nimmt der Richter zur Verdeutlichung des Parteivorbringens einen Augenschein vor. Neuer Streitstoff wird dadurch nicht in den Prozess eingeführt.

Es kann aber auch ferner der Fall eintreten, dass dem Richter die nötigen Spezialkenntnisse abgehen, um überhaupt die vorgelegten Tatsachen auffassen zu können. Handelt es sich z. B. um technische Streitigkeiten, so wird der Richter notwendig schon von sich aus eine fachkundige Person sich beigesellen und von dieser die für das Verständnis des Streitmaterials erforderlichen Aufschlüsse sich geben lassen. Das liegt wiederum in seinem officium und neues tatsächliches Material wird auch hier nicht herbeigeschafft. Man kann dies Officialexpertise nennen.

Diese drei Richtungen, in welchen der Richter mit Bezug auf den Streitstoff von sich aus tätig wird — Befragung der Parteien, Einnahme von Augenschein und Erhebung von Expertise — lassen sich durchaus mit dem Dispositionsprinzipe vereinbaren; es ist nicht einmal korrekt, sie als Beschränkungen oder Ausnahmen dieses Prinzipes zu bezeichnen,[20]) denn die Parteien können unmöglich über die Tatsachen-Auffassung und Beurteilung des Richters disponiren. Die bezeichneten Befugnisse entspringen vielmehr schon dem Prozessleitungsrechte des Richters. So werden sie auch von der deutschen Reichscivilprozessordnung aufgefasst (§§ 130 ff.) und das Reichsgericht hat z. B. unterm 24. Februar 1882 und 3. Oktober 1883 mit Recht entschieden, dass eine Abweisung angebrachter-

---

[20]) Wie dies z. B. bei *Bayer*, Vorträge, p. 34 f. geschieht.

massen wegen mangelnder tatsächlicher Substantiirung der Klage unstatthaft sei. (E. VI, 359 und X, 175.)

Ähnlich spricht sich der *bundesgerichtliche* Civilprozess in Art. 2 aus:

> . . . Jedoch kann es (das Gericht) von Amtes wegen die Verbesserung unvollständiger, unbestimmter oder unklarer Parteivorträge oder Parteischriften veranlassen.

In der Schweiz gestaltet sich diese Officialtätigkeit folgendermassen:

A. Das richterliche Fragerecht.

1. In sieben Kantonen wird, wie im *bundesgerichtlichen* Civilprozesse, der Prozess vor dem Präsidenten mündlich nstruirt und der Zweck des Instruktionsverfahrens bringt es mit sich, dass hier dem instruirenden Richter die Befugnis eingeräumt wird, in weitestgehendem Masse mit den Parteien behufs Aufklärung des Sachverhaltes in persönlichen Verkehr zu treten. Der Richter erscheint dabei allerdings in einer Stellung, die das Verfahren dem Inquisitionsprozesse sehr ähnlich macht; allein so weit er auch da in der Sammlung des Stoffes an das Vorbringen und die Anträge der Parteien gebunden ist, kann von dem Prinzipe der richterlichen Prozessstoffbeschaffung nicht die Rede sein. Jenes ist aber in folgenden Kantonen, die mündliche Prozessinstruktion haben, der Fall:

Bern: § 131 sagt zwar von der Prozessinstruktion:

> Diese hat zum Zwecke die Feststellung des tatsächlichen Streitverhältnisses, mit Weglassung aller Rechtsausführungen, welche einzig in den mündlichen Vorträgen vor dem urteilenden Gerichte statthaft sind —

aber das Gesetz hat hier durchaus die Feststellung durch die Parteien im Auge und die Instruktion durch den Präsidenten hat lediglich die Bedeutung einer allerdings sehr inten-

siven Leitung des Verfahrens, wie sich aus den §§ 132 ff. ergibt. Dass sich das Instruktionsverfahren in Bern innerhalb der Schranken der Verhandlungsmaxime bewegt, geht übrigens deutlich aus § 158 hervor, indem hier bestimmt wird:

> Der Richter soll von Amtes wegen darauf achten, dass die Parteien sich über den Umfang der erhobenen Ansprüche und über das tatsächliche Streitverhältnis möglichst genau und klar aussprechen. Er hat zu dem Ende das Recht, wenn sich eine Partei über wesentliche, zur Sache gehörende Punkte nicht deutlich erklärt hat, von sich aus oder auf Verlangen der andern Partei Fragen an dieselbe zu richten und deren Beantwortung von ihr zu verlangen.

Wenn man ein Inquisitionsverfahren gewollt hätte, wäre eine solche ausdrückliche Einräumung des Fragerechtes absolut überflüssig gewesen.

Solothurn sagt in § 100:

> Die Prozesseinleitung beabsichtigt die Ausmittelung der Einreden, der eingestandenen Tatsachen, der Beweissätze, der Beweismittel und der Ausstellungsgründe gegen letztere.

Anscheinend ist hier das Inquisitionsprinzip optima forma sanktionirt. Die übrigen Bestimmungen des Kapitels über die Prozessinstruktion belehren uns aber eines andern. Einmal nämlich hat der Kläger in einer Klageschrift sich ganz genau über die Tragweite seines Rechtsbegehrens auszusprechen und die Beweissätze präcise anzugeben (§ 102) und sodann enthält § 116 folgende für das Verhandlungsprinzip charakteristische Bestimmung:

> W i r d a u f B e w e i s f ü h r u n g a n g e t r a g e n, so sind die Beweissätze, d. h. diejenigen Tatsachen, die bewiesen werden sollen, genau zu bestimmen.

Im Inquisitionsverfahren bedürfte es keines besondern Antrages für die Beweisführung. Dass für das ordentliche Verfahren im Kanton Solothurn die Sätze *ne eat iudex ultra petita partium* und *quod non est in actis non est in mundo* in

Geltung sind (§ 143), ist bereits angeführt worden. Und der Umstand, dass nach § 115 der Instruktionsrichter trachten soll, den Streit friedlich beizulegen, steht mit der Dispositionsmaxime auch nicht in Widerspruch, denn es wird ja damit keine Anwendung von Zwang gegenüber den Parteien ausgesprochen; es liegt gerade in der Natur eines jeden Vergleiches, dass die Parteien von ihrem Dispositionsrechte den souveränsten Gebrauch machen. In der solothurnischen Praxis erweist sich jene Vorschrift als von sehr vorteilhafter Wirkung.[21])

Baselland besitzt ganz das nämliche Instruktionsverfahren wie Solothurn, §§ 80 ff. Auch hier hat der Richter stets secundum allegata partium zu verfahren und hat keineswegs die Befugnis, von sich aus Tatsachen für den Prozess herbeizuschaffen. Seine Tätigkeit ist vielmehr, wie in Solothurn, nur darauf gerichtet, den Prozess dergestalt einzuleiten, dass dieser wenn möglich in einer Tagfahrt vor dem erkennenden Gerichte erledigt werden kann.

Diesen letzten Zweck spricht *Graubünden* in Art. 97 ausdrücklich als denjenigen seines Instruktionsverfahrens aus. Auch hier gilt vollkommenes Dispositionsprinzip und die offizielle Betätigung des Instruktionsrichters bezüglich des Streitstoffes bewegt sich innerhalb der Schranken jenes Prinzipes.

Das Nämliche ist der Fall im Kanton *Waadt,* der zwischen der audience du Tribunal (Art. 184 ff.), d. h. der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gerichte, und der audience du Président (Art. 167 ff.), d. h. der Instruktionsverhandlung vor dem Gerichtspräsidenten, unterscheidet. Was in der letztern vorgeht, sagt uns Art. 173:

> Les parties comparaissant et étant d'ailleurs en règle, s'expliquent verbalement sur les faits allégués ou niés

---

[21]) So sind im Jahre 1886 vor dem Instruktionsrichter 48 % aller anhängig gemachten ordentlichen, d. h. in amtsgerichtliche Kompetenz fallenden Prozesse durch Vergleich erledigt worden. Im Jahre 1887 betrug die Zahl der Vergleiche nur 33,7 %. Vgl. Berichte des Obergerichts des Kantons Solothurn über die Rechtspflege für die Jahre 1886 und 1887.

> dans la demande et dans la réponse (d. h. in der Klag- oder Antwortschrift, mit welcher der Prozess eingeleitet wird) soit en alléguant des faits nouveaux, soit en passant des négations.
>
> Le Président interroge les parties et tente de les mettre d'accord sur chacun des faits allégués.

Also auch hier trotz des Instruktionsverfahrens kein Inquisitionsprozess!

Wörtlich gleich lautet der Artikel 190 der Civilprozessordnung des Kantons *Neuenburg,* die ebenfalls eine Prozessinstruktion durch den Präsidenten eingeführt hat, ohne dadurch mit der Dispositionsmaxime zu brechen.

Zu der Gruppe mit Instruktionsverfahren gehört endlich noch der Entwurf einer neuen Civilprozessordnung des Kantons *Schaffhausen* im Gegensatz zu der gegenwärtig noch in Kraft stehenden Prozessordnung dieses Kantons.

Der § 249 dieses Entwurfes bestimmt Folgendes:

> Der Zweck des Verfahrens vor dem Bezirksgerichtspräsidenten ist, den Streitfall entweder gütlich beizulegen oder durch Feststellung des Tatsächlichen und Abnahme der Beweise zur Schlussverhandlung vor dem Gerichte so weit vorzubereiten, dass diese Verhandlung in einer Tagfahrt ununterbrochen zu Ende geführt werden kann.

Über die Art und Weise, wie die hier vorgesehene Feststellung des Tatsächlichen durch den Instruktionsrichter erfolgt, gibt uns der Gesetzesentwurf unmittelbare Auskunft, indem er in §§ 250 ff. festsetzt, dass die Klage und die Antwort auf Grund des Vorbringens der Parteien zu formuliren und demgemäss zu Protokoll zu bringen sei. Auch die Beweisabnahme durch den Präsidenten soll nach §§ 254 ff. lediglich nach Massgabe der von den Parteien angegebenen Beweismittel vor sich gehen. Damit steht auch dieser Entwurf trotz des Instruktionsverfahrens, das er einführen will, auf dem Boden der Dispositionsmaxime.

Das System des Kantons *Baselstadt,* der ebenfalls ein mündliches Instruktionsverfahren kennt, muss weiter unten in anderem Zusammenhange erörtert werden.

Es leuchtet ein, dass bei einem Instruktionsverfahren das richterliche Fragerecht zur Aufklärung über unklares Parteivorbringen für das Hauptverfahren nicht zur Anwendung zu kommen braucht, da ja gerade die Instruktion den Zweck hat, möglichste Klarheit über das tatsächliche Prozessmaterial zu verschaffen. Deshalb sprechen denn auch die Kantone *Bern, Baselland, Graubünden*[22]) und *Waadt* nicht von einem Fragerecht des gesamten erkennenden Gerichtes. Dagegen wird das letztere ausdrücklich aufgestellt von *Solothurn* (in § 93) und *Neuenburg* (in Art. 84); der letztgenannte Kanton drückt sich in sehr charakteristischer Weise aus, die jeder Versuchung des Richters, sich als Inquisitor aufzuspielen, von vornherein die Spitze brechen soll. Art. 84 lautet nämlich:

> Chaque partie est tenue de s'exprimer clairement: le juge peut, mais seulement pour l'intelligence de la cause, requérir d'office une partie d'expliquer des moyens ou conclusions qui paraissent obscurs ou contradictoires.

Auch der *Schaffhauser* Entwurf gibt dem erkennenden Richter die Befugnis, ja er macht es ihm zur Pflicht, für Klarheit, Vollständigkeit und Bestimmtheit der Parteivorträge besorgt zu sein (§ 211).

2. Von den übrigen Kantonen erwähnen zwar nur *Zürich* (§ 338), *Uri* (§ 38), *Schaffhausen* (§ 168) und *Thurgau* (§ 138), sowie der *aargauische* Entwurf (§ 137) das Fragerecht des Richters, allein soweit in den andern Kantonen mündliches Verfahren herrscht, wird sich auch hier der Richter zur Pflicht machen, die Parteien zu Klarheit und Bestimmtheit in ihrem Vorbringen anzuhalten, und ein verständiger Richter wird es nie dazu kommen lassen, dass eine

---

22) Die richterliche Befragung des Art. 220 der Civilprozessordnung dieses Kantons hat eine andere Bedeutung, wie sich später (§ 36) ergeben wird.

Partei aus blosser Unwissenheit in rechtlichen Dingen oder aus Befangenheit ihre gute Sache verliert. Diesem Falle sucht *Aargau* in § 117 durch folgende sehr zweckmässige Bestimmung vorzubeugen:

> Wenn eine Partei ohne Anwalt erscheint, so ist der Richter verpflichtet, dafür zu sorgen, dass sie wegen Nichtkenntnis der Förmlichkeiten oder Unbehülflichkeit im Vortrage in ihrem Rechte nicht gekränkt werde.

Überall, wo kein Anwaltszwang besteht — und das ist in allen Kantonen der Fall —, hat der Richter nicht nur das Recht, die Parteien über unklare Punkte zu befragen, sondern sogar die Pflicht, rechtsunkundige Leute auf alles aufmerksam zu machen, was zur gehörigen Durchführung eines begründeten Anspruches gehört. Er macht sich deshalb keiner Verletzung des Dispositionsprinzipes schuldig, wenn er einer Partei z. B. mitteilt, dass sie, um durchdringen zu können, sich mit den nötigen rechtlich zulässigen Beweismitteln auszurüsten habe. Ja, er darf ihr im einzelnen Falle die Art des Beweismittels angeben, die zur Durchführung des Anspruches erforderlich ist. Damit ergänzt er ja lediglich die Eigenschaften, die das Gesetz mit Bezug auf die Rechtskunde bei den prozessführenden Subjekten glaubt voraussetzen zu müssen, während es diesen vollständig freisteht, auf bestehende Ansprüche zu verzichten und daher dem Richter nur dasjenige Streitmaterial vorzulegen, das sie dessen Prüfung ausdrücklich unterlegen wollen. — Wesentlich mündliches Verfahren besteht ausser in den genannten Kantonen noch in *Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Glarus, Zug, Freiburg, Solothurn,* beiden *Basel*, beiden *Appenzell, St. Gallen, Graubünden, Waadt, Neuenburg* und *Genf.*

Aber auch da, wo der Schwerpunkt des Verfahrens in dem Schriftenwechsel der Parteien liegt, wie in *Luzern,*[23])

[23]) Dass dies hier in der Praxis der Fall ist, während das Gesetz allerdings in den ordentlichen Fällen den Schriftenwechsel schon mit der Replik schliessen will, teilt Dr. *Kas. Pfyffer* in der Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 11, p. 65 mit.

Aargau, Tessin und *Wallis,* wird eine gute Praxis dazu führen müssen, unklare oder unvollständige Parteischriften von Amtswegen zur Verbesserung zurückzuweisen und nötigenfalls Fragen an die Parteien zu stellen, auch wenn diese Befugnis in den Prozessgesetzen uicht ausdrücklich vorgesehen ist, wie ja auch in der Theorie des gemeinen Prozessrechtes das richterliche Fragerecht stets anerkannt worden ist.[28a])

B. Der richterliche Augenschein.

Alle Kantone lassen den Offizialaugenschein zur Information des Richters über vorgelegtes Streitmaterial zu, mit Ausnahme von *Bern, Solothurn* und *St. Gallen,* welche Kantone die Einnahme eines Augenscheins stets von dem Antrage einer Partei abhängig machen. Ob die beiden Kantone mit unkodifizirtem Civilprozess, *Nidwalden* und *Appenzell I.-Rh.,* den Offizialaugenschein kennen oder nicht, kann nicht gesagt werden, da sich hierüber keine Bestimmungen vorfinden. Da jedoch das Prozessverfahren dieser Gebirgskantone ganz und gar auf dem Mündlichkeitsprinzipe beruht und Streitigkeiten, die sich auf Grund und Boden beziehen, unter den dortigen Verhältnissen die grösste Prozentzahl der Prozesse bilden werden, so darf wol angenommen werden, dass auch hier der Richter von sich aus eine Besichtigung der Streitobjekte vornehmen wird, wenn er sich damit Klarheit über den Sachverhalt verschaffen will.

Im Kanton *Glarus* bestehen besondere Augenscheingerichte. Es ist dies eine interessante Erscheinung, die uns zeigt, wie man in kleinern Rechtsquellengebieten den Bedürfnissen, die das Resultat besonderer Verhältnisse sind, auch besondere Rechnung tragen kann. Die Augenscheingerichte urteilen im Kanton Glarus „in erster Instanz über Streitsachen wegen unbeweglichem Gut und darauf bezüglichen

---

[28a]) Vgl. oben p. 27, Note 18.

Rechtsamen, welche eine Besichtigung an Ort und Stelle erfordern“ (§ 19). Derlei Streitigkeiten machen in einem Lande, wo die Mehrzahl der Bevölkerung Land- und Alpwirtschaft treibt, natürlich die Mehrzahl aller Prozesse aus. Dieser Umstand zeigt sich z. B. auch darin, dass den Gaissweiden ein besonderer Paragraph gewidmet wird (§ 184). Von Interesse ist die Bestimmung über die Zeit, zu welcher das Augenscheingericht zu funktioniren hat. § 230 sagt hierüber:

> Für die Augenscheinprozesse soll die bessere Jahreszeit benutzt und von dem Präsidenten bei Vergebung der Gerichtstage darauf Rücksicht genommen werden.
>
> Vor Ende April und nach neuem Martini finden keine Augenscheine in Bergen und Alpen statt. In der Ebene mag es geschehen bei günstiger Witterung und wenn der Boden nicht zugefroren und mit Schnee bedeckt ist.
>
> Wenn es sich indessen nicht um Grund und Boden, sondern um Gebäude, Wasserrechte u. dergl. handelt, so kann in dringlichen Fällen der Augenschein in jeder Jahreszeit gehalten werden.

Hier haben wir eine Gesetzesbestimmung, die sich eng an die reellen Verhältnisse und Erfahrungen des Lebens anschmiegt. Ein Mangel der glarnischen Civilprozessordnung liegt aber darin, dass diese über den Augenschein an Mobilien kein Wort enthält, so dass nicht gesagt werden kann, ob ein solcher als Offizialaugenschein überhaupt zulässig ist oder nicht.

Dass der Offizialaugenschein nur die Information über bereits vorgelegtes Streitmaterial zum Zwecke habe, betont *Aargau* in § 221:

> Von Amtswegen kann das Gericht einen Augenschein anordnen, wenn es denselben an dem Streitgegenstande selbst, oder an einem zur Aufklärung der Sache dienenden Gegenstande, auf welchen sich die Partei

berufen hat, zum Behufe der Beurteilung des Streites für notwendig ansieht.

Das Verhältnis zwischen dem Offizialaugenschein und dem sogenannten Beweisaugenschein soll weiter unten erörtert werden.

Es darf wol behauptet werden, dass es eine Verkennung der Aufgabe des Richters ist, wenn die Kantone *Bern,*[24]) *Solothurn* und *St. Gallen* dem Richter nicht gestatten, von sich aus dieses ausserordentlich einfache Mittel anzuwenden, um sich eine klare Vorstellung von dem tatsächlichen Streitmaterial zu verschaffen. Warum sollen die Parteien den Richter erst bitten, das Nötige zu veranstalten, damit er ihr Vorbringen verstehe?

C. Die richterliche Expertise.

Mit Ausnahme von *Solothurn* und *St. Gallen* geben alle Kantone dem Richter die Befugnis, von sich aus eine Expertise zu seiner Aufklärung über Tatsachen, welche die Parteien vorgelegt haben, anzuordnen. *Bern* und *Waadt* beschränken jedoch diese Befugnis auf den Fall, wo die Expertise in Verbindung mit einem Augenschein erhoben werden soll. So bestimmt *Bern* in § 182:

> Ist die zu beaugenscheinigende Sache der Art, dass die vollständige Wahrnehmung und Beurteilung des

---

[24]) Ich gestehe, dass die bernische Bestimmung über die Zulässigkeit des Augenscheins auch einer Auslegung fähig ist, nach welcher dieser auch ex officio eingenommen werden kann. § 181 lautet: „Der Augenschein bezweckt die Erwahrung einer Tatsache durch die eigene sinnliche Wahrnehmung des Gerichtes. Die Partei, welche durch den Augenschein beweisen will, muss dieses Beweismittel auf die vorgeschriebene Weise anrufen." Wenn man nun auf das Verbum „beweisen" im zweiten Satz den Ton legt, so könnte man argumento a contrario schliessen, dass der Parteiantrag dann nicht nötig ist, wenn es sich nur um die Information des Richters handelt. Allein nach § 65, Abs. 2, wonach die Tätigkeit des Richters nur in denjenigen Fällen von Amts wegen eintritt, wo ihm eine Amtshandlung gesetzlich geboten ist, erscheint mir eine derartige Auslegung als zu gewagt. Wie sich die Praxis zu diesem Paragraphen verhält, ist mir unbekannt.

streitigen Verhältnisses besondere Fachkenntnisse voraussetzt, so sind Sachverständige beizuziehen.

Unterlässt der Beweisführer in einem solchen Fall auf die Beiziehung von Sachverständigen anzutragen, so kann der Gegner dieses verlangen, oder die Behörde ihre Zuziehung von Amtes wegen befehlen. In jedem Fall hat der Beweisführer die daherigen Kosten vorzuschiessen.

Eine solche Beschränkung lässt sich m. E. nicht rechtfertigen, noch weniger aber freilich die gänzliche Ausschliessung der Offizialexpertise. Die Gründe, welche für die unbedingte Zulassung des richterlichen Augenscheins sprechen, gelten auch für diejenige der Informationsexpertise. Sie sind in den bisherigen Ausführungen zur Genüge beleuchtet worden.

Als Resultat der obigen Betrachtungen über die Offizialtätigkeit des Richters in der Schweiz lässt sich angeben, dass im allgemeinen das Dispositionsprinzip richtig aufgefasst wird, indem in den weitaus meisten Kantonen dem Richter die nötigen Mittel zur richtigen Auffassung des Streitmaterials an die Hand gegeben werden, ohne dass damit in das Dispositionsrecht der Parteien eingegriffen würde. Die Ermittelung materieller Wahrheit wird bei einer solchen Auffassung sehr befördert, wenn sie auch dem Wesen der Dispositionsmaxime nach nicht als oberster Prozesszweck zu betrachten ist.

Nun gibt es aber unter den schweizerischen Civilprozessgesetzen auch solche, die mit dem Verhandlungsprinzip brechen. Als charakteristisches Merkmal des letztern muss festgehalten werden, dass der Richter die Sammlung des tatsächlichen Prozessstoffes den Parteien vollständig überlässt, dass er demnach seiner rechtlichen Beurteilung nur dasjenige unterstellt, was ihm die Parteien vorlegen, und dass auch die Darlegung und Beschaffung der Gründe, welche für die Richtigkeit der

vorgelegten Tatsachen sprechen, als Sache der Parteien, welche die Richtigkeit derselben behaupten, aufgefasst wird.

Dass in dem Verfahren des Kantons *Baselstadt* dieses Merkmal wenigstens teilweise negirt wird, zeigen die §§ 146 bis 158 der dortigen Civilprozessordnung. Unter dem Titel „Richterliche Tätigkeit zur Erforschung des Sachverhaltes" finden sich Bestimmungen folgenden Inhalts:

> § 146. Findet das Gericht nach Anhörung der Parteivorträge eine nähere Untersuchung der Streitsache notwendig, so kann es dieselbe entweder an den Präsidenten behufs Vornahme eines Vorverfahrens zurückweisen oder einen Ausschuss aus seiner Mitte mit der Untersuchung beauftragen und ihm allfällige Weisungen erteilen . . .
>
> § 148. In Fällen, wo die Kenntnis eines Sachbestandes an Ort und Stelle für den Entscheid des Streites erforderlich ist, kann das Gericht einen Augenschein entweder in seiner Gesamtheit oder durch einen Ausschuss aus seiner Mitte nebst dem Gerichtsschreiber vornehmen . . .
>
> § 149. Wenn ein Streitgegenstand von der Art ist, dass es zu dessen Beurteilung besondere Fachkenntnisse bedarf, so hat schon vor der Gerichtsverhandlung der Präsident oder (wenn er es unnötig erachtet hat, das Gericht aber nach Verhandlung der Sache es zweckmässig findet) das Gericht von Amtswegen einen oder mehrere Sachverständige (Experten) mit der betreffenden Untersuchung und Begutachtung zu beauftragen.

Schon diese Gesetzesbestimmungen erlauben dem Richter in weitgehendem Masse, sich in die Tätigkeit der Parteien einzumischen; ganz besonders aber tritt dies in § 158 hervor:

> Das Gericht kann bis zum Urteile erforderlich scheinende Erkundigungen jeder Art von Amtswegen einziehen und in- und aus-

ländische Behörden und Beamte um Auskunft angehen, nötigenfalls auch in deren Verwahrung befindliche Aktenstücke und Protokollauszüge sich mitteilen lassen.

Die auf solche Weise erhaltenen Berichte und Mitteilungen kann der Präsident, resp. das Gericht, wenn sie dies für angemessen erachten, den Parteien ganz oder auszugsweise mitteilen und ihnen in diesem Fall vor Fällung des Urteils noch einen Vortrag darüber gestatten.

In diesem Paragraphen ist das Verhandlungsprinzip zweifellos durchbrochen.[25]) Der Richter darf Erkundigungen jeder Art (betreffe es also die Ermittelung weiteren tatsächlichen Prozessmaterials oder die Herbeischaffung von Beweismitteln) von Amtswegen einziehen, unbekümmert darum, ob er damit im Willen der Parteien handle oder nicht; er nimmt damit die Stellung eines Inquisitors an. Dass diese Auffassung des Richteramtes nicht die richtige sein kann, ist schon oben betont worden und es muss wiederholt werden, dass der Staat nicht berechtigt ist, sich als procurator oder negotiorum gestor in den Privatangelegenheiten seiner Bürger aufzuspielen. Diesen soll vollkommen freie Hand gelassen werden, ihre Interessen gut oder schlecht zu verwalten. Wol ist es eine berechtigte Forderung, dass der Richter darnach trachten solle, die materielle Wahrheit zu ermitteln; allein sie lässt sich so lange nicht durchführen, als wir nicht jene das ganze Privatleben überwachende und durchwühlende unabsehbare Schar von Detectives zur Verfügung der Gerichte stellen, die nach *Kohler*[26]) im ehemaligen peruanischen Staate der Incas funktionirte. Der Richter hat überhaupt unmöglich Zeit, sich so intensiv mit jedem Streite

---

[25]) In § 93 („Tatsachen, worüber dem Richter Gewissheit nötig ist, muss derjenige Teil beweisen, der solche für sich anführt und ein rechtliches Begehren darauf stützt") ist lediglich die Verteilung der Beweislast regulirt und es liegt in demselben keineswegs etwa ein Widerspruch zu dem angeführten § 158.

[26]) *Kohler* a. a. O. p. 24.

zu befassen, dass er über alle offenen und geheimen Fäden desselben Kenntniss erhielte. So lange das aber nicht der Fall ist, muss er riskiren, sich sowol gegen das Dispositionsrecht der Parteien, als auch gegen die Forderung der materiellen Wahrheitserforschung schwer zu versündigen, so oft er unaufgefordert Prozessstoff herbeischafft; denn er ist ja nie sicher, ob die Parteien etwa diesen Stoff absichtlich seiner Prüfung nicht unterbreitet haben, weil sie daraus gegen einander keine Ansprüche ableiten wollten, oder ob nicht zu demjenigen Material, das er heute sich verschafft, morgen ein weiteres hinzu entdeckt werden könnte, welches das erstere in seiner Bedeutung aufheben würde. Auf den letztern Umstand macht mit Recht *Kohler*[27]) aufmerksam.

In jenen amtlichen Erkundigungen jeder Art, welche *Baselstadt* dem Richter als Forschungsmittel einräumt, ist jedoch nicht das eigentliche Inquisitionsverfahren proklamirt, denn nach der ganzen Struktur des baslerischen Civilprozesses und speziell des Beweisverfahrens gilt prinzipiell das Verhandlungsprinzip und es treten die Befugnisse des § 158 nur subsidiär ein: In erster Linie müssen die Parteien beweisen (§ 97: „Als Beweismittel können von den Parteien verwendet werden:“ u. s. w.), zur Unterstützung dieser kann dann aber auch der Richter eingreifen, wenn er sieht, dass dadurch die Wahrheit, um deren Ergründung willen das Gesetz die freie Forschung zulässt, eher an den Tag komme.

Das nämliche System wie *Baselstadt* stellt auch der Kanton *Genf* auf. Die Erforschung der materiellen Wahrheit wird hier ausdrücklich als oberster Grundsatz aufgestellt. Art. 150 lautet:

> Dans les causes où le fond ne sera pas en état d'être jugé de suite, les Juges pourront ordonner préparatoirement l'interrogatoire des parties, ou de l'une d'elles, leur serment, l'audition de témoins, l'avis d'experts, la vue des lieux, la vérification d'écritures ou

---

[27]) Ebendaselbst.

toute autre opération préliminaire, si ces diverses procédures probatoires sont utiles à la découverte de la vérité, et autorisées par la loi.

Der Schlusssatz „et autorisées par la loi" hebt die Bedeutung des Vorhergehenden keineswegs auf, denn er bezieht sich nur auf die formelle Zulässigkeit bestimmter, an gesetzliche Voraussetzungen gebundener Beweismittelarten.

Auch hier ist die Bestimmung, wonach der Richter jede vorbereitende Massregel (wozu auch die Herbeischaffung von neuem Prozessmaterial oder die unaufgeforderte Beiziehung von Beweismitteln zu rechnen ist) zum Zwecke der Erforschung der materiellen Wahrheit ergreifen kann, als subsidiäre aufzufassen, wie sich aus den Bestimmungen über den Inhalt der Klageschrift (Art. 50 ff.) ergibt. Es liegt dies überhaupt in der Natur des Parteiprozesses, als eines Kampfes ums Recht: Der Richter wird nicht voreilig sich mit der Sammlung des Prozessstoffes bemühen, bevor die Parteien das ihrige in dieser Beziehung vollständig getan haben.

Auf die offizielle Beschaffung von Beweismaterial beschränken sich die Prozessordnungen von *Freiburg* und *Wallis*. *Freiburg* sagt in Art. 295:

> Dans la règle, les preuves s'opèrent à l'instance de la partie qui y a intérêt. Cependant le juge peut aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtraient concluants, si la loi ne le défend pas.[28])

Wallis enthält in Art 182 nur den zweiten Satz, jedoch ist auch hier die Beweisführung durch die Parteien als die prinzipale zu betrachten. Beide Kantone lehnen sich dem Wortlaute nach an die französische Prozessordnung (Art. 254) an, die jedoch speziell den Zeugenbeweis im Auge hat. *Freiburg* und *Wallis* stehen also prinzipiell ebenso auf dem Boden der Verhandlungsmaxime wie *Baselstadt* und *Genf*.

---

[28]) Auch hier bezieht sich die Schlussklausel lediglich auf den gesetzlichen Ausschluss gewisser Beweismittel, wie z. B. des Zeugenbeweises bei Verträgen über eine 150 Fr. übersteigende Geldsumme.

Es muss aber konstatirt werden, dass diese vier Kantone das Prinzip der freien richterlichen Forschung, wenn auch nur als subsidiäres Mittel zur Ermittlung materieller Wahrheit, so doch in solchem Umfange aufstellen, dass die Dispositionsmaxime als durchbrochen erscheint und dem Richter damit eine Stellung eingeräumt wird, die derjenigen, welche er im Inquisitionsverfahren der allgemeinen preussischen Gerichtsordnung von 1793 einnimmt, sehr ähnlich sieht. Andererseits ist aber hervorzuheben, dass ein Verfahren, in welchem der Richter principaliter das Prozessmaterial zu beschaffen hat, auch jenen vier Kantonen durchaus fremd ist.

Ein Civilprozesssystem, welches auf dem Inquisitionsprinzip aufgebaut wäre, existirt mithin in der Schweiz nicht.

Eine wichtige Art der richterlichen Offizialtätigkeit, die Auferlegung des sogenannten Noteides, wird in der Beweismittellehre behandelt werden.

Für das Beweisrecht ergibt sich als Resultat des vorstehenden Paragraphen, dass alle Kantone der Schweiz den Beweis durchaus als Parteitätigkeit betrachten, dass dagegen die vier Kantone *Baselstadt, Freiburg, Wallis* und *Genf* neben dieser auch die eigene Tätigkeit des Richters zur Gewinnung einer Überzeugung zulassen.

Während die Offizialtätigkeit des Richters in den Kantonen mit reiner Dispositionsmaxime nicht als Beweis bezeichnet werden kann, ist dagegen in den übrigen vier Kantonen diejenige Tätigkeit, welche der Richter zur Feststellung der Existenz von anspruchserzeugenden Tatsachen verrichtet, ohne Bedenken als Beweis zu betrachten, und es sind diejenigen Mittel, welche er dabei anwendet, Beweismittel zu nennen.[29])

[29]) Nach der Auffassung *Heusler's* müsste man hier von Erkenntnisquellen sprechen. Warum sollen wir aber diese nicht auch Beweismittel nennen, da sie doch behufs Gewinnung richterlicher Überzeugung ausgebeutet werden? Der Sprachgebrauch nennt einmal alles, was richterliche Überzeugung zu schaffen geeignet ist, Beweismittel, gleichgültig von wem die Tätigkeit des Beweisens ausgeht.

Als Subjekt des Beweises erscheinen somit in der ganzen Schweiz die Parteien und nur in vier Kantonen kann auch der Richter subsidiär als solches auftreten, indem hier ausnahmsweise die Erforschung unbedingter materieller Wahrheit als höchster Prozesszweck betrachtet wird.

Zweites Kapitel.

Objekt des Beweises.

---

§ 7.

I. Tatsachen und Rechtssätze.

Objekt des Beweises ist dasjenige, was bewiesen wird. Bewiesen werden Tatsachen und nicht etwa Rechtssätze. Die letztern muss der Richter als solcher ex officio anwenden, denn sein Amt ist es ja gerade, das Recht zu weisen: daher der Satz: *iura novit curia.* Nur wo es sich um die Existenz von Tatsachen handelt, kann man von dem Verschaffen richterlicher Überzeugung, diesem wesentlichen Merkmal des Begriffes „Beweis", sprechen; während über die Existenz von Rechtsnormen beim Richter Gewissheit vorhanden sein muss. Das letztere gilt nun nicht nur für die Kenntnis des einheimischen positiven Gesetzesrechtes, sondern auch für diejenige des einheimischen und sei es auch nur lokalen Gewohnheitsrechtes, denn das letztere hat ja die gleiche Bedeutung als Rechtsquelle wie das Gesetz. (*... Et quidem imprimis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est. pr. J. de officio iudicis 4,17.)* Es ist deshalb unrichtig, wenn einzelne Gesetzbücher den Nachweis der Existenz von Gewohnheitsrecht als Beweisobjekt den Parteien auferlegen. Der Richter soll in erster Linie sich die Mühe geben, in den Besitz der mangelnden Rechtskenntnis zu gelangen; er mag sich hierin höchstens von den Parteien unterstützen lassen, wenn er deren Hilfe nicht

lieber verschmäht. De lege ferenda möchte ich aber eine Pflicht der Parteien zu solcher Unterstützung nicht feststellen, weil darin eine besser zu vermeidende Vermengung von richterlicher und Parteitätigkeit liegt. Doch sprechen die gemeinrechtlichen Theoretiker meist von einer solchen Pflicht und behandeln die daraus hervorgehende Parteitätigkeit zum Teil [30]) sogar als Beweisführung. Der *bundesgerichtliche* Civilprozess steht auf dem Standpunkte, dass der Bundesrichter nur Bundesrecht ex officio anzuwenden habe, dagegen „örtliche Rechtsgrundsätze" von den Parteien anzuführen und nachzuweisen seien. (Art. 3: Das Bundesrecht ist durch das Gericht von Amtswegen anzuwenden; hingegen sollen ausländische, kantonale oder örtliche Rechtsgrundsätze von der Partei, welche sich auf dieselben stützen will, angeführt und im Falle des Widerspruches nachgewiesen werden.)

In eigentümlicher Weise regelt die deutsche Reichscivilprozessordnung in § 265 diesen Punkt, indem sie hier bestimmt, dass die Gewohnheitsrechte und Statute nur insofern des Beweises bedürfen, als sie dem Gerichte unbekannt seien, dass dagegen das letztere bei Ermittelung solcher Rechtsnormen auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht be-

---

[30]) So z. B. *Gönner*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. II. Bd. Erlangen 1804. XXXVII, § 9; *Langenbeck*, Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Leipzig 1858, p. 49; auch *Endemann*, Beweislehre p. 42. *Planck*, Die Lehre von dem Beweisurteil, Göttingen 1848, p. 255 ff., sagt, der Richter habe das Recht und die Pflicht, unabhängig von den Anträgen der Parteien sich durch alle ihm zu Gebote stehenden Mittel von der Existenz und Beschaffenheit eines derartigen Rechtssatzes zu überzeugen; denn die Anforderung an ihn, die Rechte zu kennen, bleibe auch hier dieselbe. Er findet aber, dass es im Interesse sowol der Parteien als des Richters liege, dass der letztere eine ausdrückliche Aufforderung an die ersteren ergehen lasse, ihn bei seiner Nachforschung zu unterstützen. Die Form dieser Aufforderung sei die einer gewöhnlichen Beweisauflage und insofern könne man sagen, dass auch ein Rechtssatz zum Gegenstand einer Beweisauflage gemacht werden könne. — Ähnlich *Wetzell*, System, § 20, Ziff. 2, und *Renaud*, Lehrbuch, § 98. — Auf dem Standpunkte des Textes dagegen *Puchta*, Gewohnheitsrecht, Bd. II, p. 151 ff.

schränkt sei, sondern die Befugnis habe, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zu diesem Zwecke das Erforderliche anzuordnen. Es liegt also vollständig in der Willkür des Richters, einmal gewohnheitsrechtliche Normen als ihm unbekannt zu erklären oder nicht (denn das Gesetz schreibt nicht vor, wie weit ihm das Gewohnheitsrecht bekannt sein müsse), und sodann der Partei den Nachweis ganz allein oder unter seiner gütigen Mitwirkung aufzulegen. Schon dieser m. E. allzu grosse Spielraum, der damit dem Richter eingeräumt wird, sollte gegen eine derartige Regelung der vorliegenden Materie sprechen, abgesehen davon, dass der Nachweis von Rechtssätzen richtigerweise nicht Beweisobjekt sein kann.

In der Schweiz treffen wir nur in dem Rechte dreier Kantone ähnliche Erscheinungen wie in Deutschland:

Zürich sagt nämlich in § 340:

> Beweis darf nur auferlegt oder abgenommen werden über erhebliche streitige Tatsachen, den bestrittenen Inhalt fremder Gesetze, von welchem der Richter nicht ohnedies sichere Kenntnis hat, und über den Inhalt lokaler Gewohnheitsrechte.

und in § 228 wird bestimmt:

> Bei der rechtlichen Beurteilung der Begehren und Einwendungen der Parteien hat der Richter die hiesigen Gesetze von Amteswegen zur Anwendung zu bringen, dem allgemeinen Rechte derogirende Gewohnheitsrechte aber nur auf Anrufen der Partei und auf geleisteten Nachweis.

Schaffhausen stellt in § 170 die letztere Bestimmung wörtlich gleich auf, während dieser Kanton die Vorschrift des § 340 der zürcherischen Prozessordnung nicht kennt; ebenso der Entwurf in § 212.

Wenn unter „lokalem Gewohnheitsrecht“ des § 340 der zürcherischen C. P. O. das verstanden werden soll, was man gemeinrechtlich Observanzen zu nennen pflegt, d. h. wahres Gewohnheitsrecht, das jedoch nur einen engern Geltungsbereich

hat, so ist jene Bestimmung, wonach über solches den Parteien der Beweis auferlegt werden kann, zu verwerfen gemäss dem Satze *iura novit curia.* Sollten aber mit dem genannten Ausdrucke blosse Usancen gemeint sein, d. h. Geschäfts- oder Ortsgebräuche, was ich jedoch bezweifle, so wäre gegen § 340 in dem fraglichen Punkte nichts einzuwenden, insofern es sich dann nicht um Rechtssätze handelte, sondern um Willenserklärungen, die an bestimmten Orten oder in gewissen Geschäftskreisen stets in einer bestimmten Richtung und zwar in der Regel stillschweigend erfolgen, und daher im Zweifel als in solcher Richtung erfolgt zu vermuten sind. Sofern also das materielle Recht Raum gewährt für die Entwicklung derartiger Gewohnheiten[31]) hat der Richter dieselben zu berücksichtigen, kann aber selbstverständlich den Parteien, die sich darauf berufen, den Beweis dafür auferlegen, weil eben die Existenz derselben mit zu den anspruchserzeugenden oder -vernichtenden Tatsachen gehört.

Die zweite Bestimmung, wonach der Richter „dem allgemeinen Rechte derogirende Gewohnheitsrechte" nur auf Anrufen der Partei und auf geleisteten Nachweis in Anwendung zu bringen hat, bezieht sich auf den heutzutage jedenfalls äusserst seltenen Fall, wo ein Satz des Gewohnheitsrechtes sich so fest eingewurzelt hat, dass dadurch einem ius commune enthaltenden Satze des allgemeinen Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtes derogirt wird. In *Schaffhausen*, wo nur diese Bestimmung gilt, wird also der Richter alles übrige Gewohnheitsrecht von Amtswegen berücksichtigen müssen.

Der Kanton *Schwyz* (§ 280) und sein Entwurf (§ 271) legen dem Richter von Amtswegen die Anwendung von „Übungen" und von Gewohnheitsrecht auf, wenn dieses „auf gesetzliche Weise zu seiner Kenntnis gekommen" ist. Damit steht dieser Kanton auf ähnlichem Boden, wie die D. R. C. P. O.

---

[31]) Dies ist z. B. der Fall im schweiz. Bundesgesetz über das Obligationenrecht in Art. 286, 290 und 344.

Dass der Richter alles Gewohnheitsrecht ex officio anzuwenden hat, muss überall als Regel angenommen werden, wo ein Prozessgesetz darüber schweigt. Das ist in allen übrigen Kantonen der Fall. *Luzern* (§ 193) und *Uri* (§ 46 Abs. 2) schreiben dem Richter ausdrücklich vor, da wo die Landesgesetze schweigen, „nach dem Herkommen" oder nach „alten Übungen und Gewohnheiten" und nach „allgemeinen Rechtsgrundsätzen" zu entscheiden, auch wo die Parteien sich nicht auf solche berufen.

Der Satz *iura novit curia* bezieht sich überhaupt auf alles Recht, welches der Richter kraft positiver Gesetzesvorschrift anzuwenden hat, also auch auf fremdes Recht, wenn das Gesetz ihm die Anwendung desselben vorschreibt. Das internationale Privatrecht, welches in steter gedeihlicher Entwicklung sich befindet, würde seine Bedeutung sofort verlieren, wenn der Richter nicht verpflichtet würde, den Bestimmungen desselben strikte nachzuleben. Hiezu gehört nun zweifelsohne, dass er von sich aus Kenntnis sich verschafft von denjenigen ausländischen Rechtssätzen, die er im konkreten Falle anzuwenden verpflichtet ist. Allerdings kann ihm nicht zugemutet werden, dass er fremdes Recht gleich dem einheimischen ohne Benutzung von Hilfsmitteln beherrsche, aber daraus folgt keineswegs das Recht, dass er die Verschaffung solcher Hilfsmittel behufs Anwendung fremden Rechtes einfach auf die Schultern der Parteien ablade, wie viele gemeinrechtliche Schriftsteller annehmen;[32]) vielmehr muss es als eine aus dem Wesen des Richteramtes fliessende Pflicht des Richters betrachtet werden, dass dieser von allem Rechte, zu dessen Anwendung er gesetzlich verpflichtet ist, ex officio Kenntnis sich verschaffe. Da es nun in der Natur der Sache liegt, dass diejenige Partei, in deren Interesse fremdes Recht angewendet werden soll, meist in der Lage ist, die Kenntnis desselben zu vermitteln, so wird

---

[32]) So *Langenbeck* a. a. O., p. 86 ff., *Endemann* a. a. O.

der Richter, der nicht ohnedies die nötigen Hilfsmittel zur Hand hat, gut tun, um sich Mühe zu sparen, der Hilfe dieser Partei unter sorgfältiger Kontrole sich zu bedienen. Allein eine Verpflichtung gegenüber den Parteien zu konstruiren, geht auch hier entschieden zu weit.

Das deutsche Reichsrecht behandelt die Ermittelung fremden Rechtes gleich wie diejenige des Gewohnheitsrechtes, stellt es also ins Belieben des Richters, einer Partei den Nachweis ausländischer Rechtsnormen, unter Vorbehalt allfälliger eigener Nachforschung, aufzulegen oder nicht.

In der Schweiz erwähnen nur wenige Kantone in ihren Civilprozessordnungen die Anwendung fremden Rechtes:

Dass *Zürich* den Parteien Beweis auferlegen kann über den „bestrittenen Inhalt fremder Gesetze, von welchem der Richter nicht ohnedies sichere Kenntnis hat", geht aus dem oben angeführten § 340 hervor. Diese Bestimmung ist noch unhaltbarer, als diejenige des § 265 der. D. R. C. P. O., indem sie den Richter jeder eigenen Forschung enthebt, sobald er erklärt, dass er keine sichere Kenntnis habe. Bei einer derartigen Regulirung kann es dazu kommen, dass der zürcher Richter einer Partei den Nachweis über aargauisches oder schaffhauser Recht auferlegt, d. h. über ein Recht, das in der nächsten Nähe und im gleichen Lande gilt; ist es der betreffenden Partei nicht möglich, ein aargauisches oder schaffhauser Gesetzbuch aufzutreiben, so muss sie entweder gänzlich auf die Anwendung dieses Rechtes verzichten oder den umständlichen, kostspieligen und obendrein noch unsichern Weg der Einholung eines Gutachtens betreten. Ganz verfehlt ist übrigens die Bestimmung darin, dass sie den Beweis beschränkt auf den bestrittenen[33]) Inhalt fremder Gesetze, als ob durch den Konsens der Parteien der Richter gebunden werden könnte, einen fremden

[33]) Die Prozessordnung von 1866 enthielt dieses Requisit richtigerweise nicht. Dagegen wird es im bundesgerichtlichen Civilprozess aufgestellt, wie aus dem oben (p. 46) citirten Wortlaut des Art. 3 hervorgeht.

Rechtssatz ohne eigene Prüfung über dessen Rechtsbeständigkeit seinem Urteile zu Grunde zu legen.

In § 289 wird die notwendige Konsequenz aus der Auffassung des fremden Rechtes als eines möglichen Beweisobjektes gezogen, indem hier gesagt wird (Abs. 3):

> Niemals kann ein rechtskräftiges Urteil wegen Nichtbeachtung oder unrichtiger Auslegung fremder Gesetze angegriffen werden, wenn die Parteien versäumt haben, während des Prozesses sich auf dieselben zu berufen und dem Richter deren Inhalt nachzuweisen.

Das ist für den Richter allerdings eine höchst bequeme Bestimmung; als eine äusserst bedenkliche Satzung erscheint mir dieselbe aber insofern, als es gegen die unrichtige Auslegung fremder Gesetze kein Remedium geben soll. Wenn einmal fremdes Recht angewendet wird, so sollten doch gewiss die Parteien ein Recht darauf haben, dass dasselbe auch richtig angewendet werde.

Schaffhausen hat auch hier dieselben Bestimmungen in § 171 (Entwurf § 213), die Zürich in § 289 aufstellt.

Appenzell A.-Rh. legt die Verschaffung des ausserkantonalen Gesetzesmaterials vollständig den Parteien auf, indem es in § 98 (im Kapitel der Expertise) bestimmt:

> Wenn sich ein Rechtsbegehren auf ausserkantonale Gesetzesbestimmungen stützt, so ist es Sache der Parteien, dem Gerichte die bezüglichen Gesetze vorzulegen.

Unklar ist, welches System der Kanton *Uri* in dieser Beziehung verfolge, denn die Civilprozessordnung dieses Kantons spricht sich hierüber nicht ausdrücklich aus, sondern sagt in § 46 Abs. 2 blos:

> In der rechtlichen Würdigung der Begehren und Einwendungen der Parteien ist er (sc. der Richter) nicht an die Vorträge derselben (sc. der Parteien) gebunden, sondern ihm liegt die richtige Auslegung und Anwendung der einschlägigen Landesgesetze und, wo solche mangeln, der allgemeinen Grundsätze derselben, alter

Übungen und Gewohnheiten ob, wenn solche auch von den Parteien übersehen worden wären.

Richtig regulirt *Bern* die vorliegende Frage in § 281:

> . . . In Fällen, wo ein Rechtsverhältnis nach den besondern Bestimmungen bestehender Staatsverträge zu beurteilen ist, oder wo infolge solcher Verträge oder nach der ausdrücklichen Bestimmung der Kantonsgesetze ein fremdes Gesetz zur Anwendung kommt, sind die Gerichte auch auf diese Rechtsquellen verwiesen.

Glarus nennt in § 210 c. ausser den Landesgesetzen nur die Vorschriften der Bundesverfassung, der Bundesgesetze und eidgenössischen Konkordate, sowie die Staatsverträge mit dem Auslande als vom Richter anzuwendendes Recht. Damit scheint aber das Prinzip ausgesprochen zu sein, dass der Richter alles Recht, sei es in- oder ausländisches, ex officio anzuwenden habe, das von den für ihn verbindlichen Gesetzen als anzuwendendes bezeichnet wird.

Alle übrigen Kantone enthalten sich ausdrücklicher Bestimmungen über die Anwendung fremden Rechtes; ihr Beweisrecht lässt aber keine Ausnahme von dem Grundsatze, dass nur Tatsachen zu beweisen seien, vermuten; deshalb darf wol angenommen werden, dass sie in richtiger Auffassung des officium iudicis die Ermittlung fremden Rechtes gänzlich dem Richter überlassen.

Eine praktische Seite, die nicht ganz ausser Acht gelassen zu werden verdient, hat die Frage über die Regulirung der Pflicht zur Ermittelung fremden Rechtes insofern, als bei demjenigen System, nach welchem das fremde Recht Beweisobjekt sein kann, die Parteien zn erheblichen Auslagen veranlasst werden, während nach der richtigen Auffassung der Sache der Staat für solche Kosten aufzukommen hat, die durch die, wenn auch begreifliche, Unvollkommenheit seiner Gerichte verursacht werden.

§ 8.

2. Relevanz der Tatsachen.

Man ist in der Theorie einig darüber, dass nur solche Tatsachen bewiesen werden sollen, welche von entscheidendem Einflusse auf den konkreten Streitfall sind. Nur relevante, zu deutsch erhebliche, Tatsachen sollen zum Beweise zugelassen werden. Das ist ein Satz, der aus dem Wesen des Prozessrechtes mit Nothwendigkeit sich ergibt. Es ist oben ausgeführt worden, dass der leitende Gedanke für die Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens sich in erster Linie nach dem Gesichtspunkte der Zweckmässigkeit bestimmt. Deshalb würde ein Civilprozess, der den Parteien den Beweis für jede anch nur nebensächliche Tatsache auferlegen, oder die Beweisanerbieten der Parteien für solche Tatsachen als zu berücksichtigende erklären würde, sich gegen den obersten Prozesszweck verfehlen. „Dinge, von denen gar kein Nutzen für die Entscheidung zu erwarten ist, in ein gerichtliches Verfahren ziehen und mit der Verhandlung über dieselben Zeit, Mühe und Kosten verschwenden, läge von einer wahren Gerechtigkeitspflege eben so fern, als es das Ansehen des Richters und die Würde des Gerichtsverfahrens untergraben würde“, sagt *Langenbeck*[31]) zutreffend. Schon der J. R. A. sagte in § 50: „Den punctum probationum betreffend, solle ad probandum nichts zugelassen oder von der Parthey zu probiren unternommen werden, was impertinent, vnnohtwendig, und worüber die Partheyen

---

[31]) *Langenbeck*, Beweisführung, Bd. 1, p. 109. Ähnlich auch *Taylor*, A treatise on the law of evidence, Vol. I, London 1872, § 298, p. 335 f.: Es gilt auch im englischen Rechte als Hauptregel im Beweisrecht, dass „collateral facts“, d. h. eben irrelevante Tatsachen, vom Beweise ausgeschlossen werden, „and the reason is, that such evidence tends needlessly to consume the public time, to draw away the minds of the jurors (in England existirt bekanntlich das Institut der Civiljury) from the points in issue, and to excite prejudice and mislead; moreover, the adverse party, having had no notice of such evidence, is not prepared to rebut it.“

in facto nicht discrepiren oder streitig seynd." Und seither hat dieser Satz gemeinrechtlich wie partikularrechtlich überall gegolten, so dass vielerorts das Beweisproduktionsdekret geradezu den Namen „Relevanzbescheid" erhielt.[35])

Die Frage, welche Tatsachen für den Entscheid von Einfluss seien, ist selbstredend nach dem materiellen Rechte zu entscheiden; es sind eben diejenigen, welche geeignet sind, die Begründung oder die Vernichtung des behaupteten Anspruches darzuthun. Eine reichhaltige Kasuistik hierüber haben die englischen und amerikanischen Juristen ausgebildet und in der mehrfach erwähnten Indian Evidence Act beschäftigen sich die §§ 5 bis 55 eingehend mit der „relevancy of facts".

Die französische Gesetzgebung enthält keine ausdrückliche Vorschrift über das Erfordernis der Relevanz der zu beweisenden Tatsachen, allein aus Art. 254 des Code de procédure civile, wonach das Gericht von Amtswegen den Beweis über Tatsachen anordnen kann, welche ihm erheblich (concluants) erscheinen, ist zu schliessen, dass es von seiner diskretionären Amtsgewalt, die ihm in weitestem Umfange zusteht, auch in dem Beweisdekrete über angetragene Beweise in gleichem Sinne Gebrauch mache. Ja, nach *Bonnier*[36]) wird der Zeugenbeweis in der Praxis nur unter der doppelten Bedingung zugelassen, dass die Beweisartikel einmal relevant und sodann aber auch in sich selbst wahrscheinlich sind.

Die schweizerische Civilprozessgesetzgebung bietet folgendes Bild dar:

Eine ausdrückliche Vorschrift, dass der Beweis nur über erhebliche Tatsachen zu führen sei, enthalten die Kantone *Zürich* (§ 340), *Bern* (§ 159), *Luzern* (§ 112), *Schwyz* Entwurf (§ 148), *Nidwalden* (Landbuch Tit. XIV, Absatz 6, Art. 5, § 11, Ziff. 1),

---

[35]) Vgl. *Renaud*, Lehrbuch, § 214, Note 5, und *Wetzell*, System, § 72, p. 978.

[36]) *Bonnier*, traité des preuves No. 209, bei *Zink*, Sachverhalt, Bd. I, p. 335.

Glarus (§ 158), *Zug* (§ 67), *Freiburg* (Art. 292), *Solothurn* (§ 220), *Baselstadt* (§ 68), *Baselland* (§ 96), *Schaffhausen* (§ 207) und Entwurf (§ 285), *St. Gallen* (§ 135), *Aargau* (§ 118) und *Neuenburg* (Art. 196), letzterer spricht von „faits essentiels“.

In *Schwyz* entscheidet das Gericht nur über die Erheblichkeit des Zeugenbeweises, wenn die Parteien darüber streitig sind (§ 167), sonst können die letztern unbeschränkte Beweisartikel (die für den Richter bindend sind) eingeben (§ 166), also auch über irrelevante Thatsachen. Dass letzteres praktizirt worden ist, dass man es aber als einen Fehler des Gesetzes betrachtete, beweist der Umstand, dass sich der Entwurf einer neüen schwyzerischen Civilprozessordnung, der sonst ziemlich konservativ gegenüber dem bisherigen Prozesse bleibt, ausdrücklich auf den richtigen Standpunkt gestellt hat.

Gar keine Bestimmungen über die Relevanz treffen die Prozessordnungen der Kantone *Uri, Obwalden, Appenzell A.-Rh.* und *I.-Rh., Graubünden, Aargau* Entwurf, *Tessin, Waadt, Wallis* und *Genf.*

Hiebei ist aber zu beachten, dass die Kantone *Graubünden* und *Waadt* ein mündliches Instruktionsverfahren kennen, in welchem der Instruktionsrichter die Beweisanerbieten der Parteien zu kontrolliren hat. Es steht hier im Ermessen des erstern, alles, was nicht zur Sache gehört, von vornherein aus dem Prozesse auszuscheiden. Daraus ergibt sich, dass in diesen Kantonen bei einer guten Praxis irrelevante Tatsachen dem erkennenden Gerichte nicht vorgelegt werden.

Die französischen Kantone *Freiburg, Wallis* und *Genf,* die von der Inquisitionsmaxime beeinflusst sind, wie oben gezeigt wurde, kennen in ähnlicher Weise wie der Code de procédure civile Frankreichs einen pouvoir discrétionnaire der Gerichte, welche die letztern in Stand setzt, ohne sich auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu stützen, Tatsachen von dem Beweise auszuschliessen, welche auf den Entscheid des Prozesses von keinem Einfluss sind.

So bleiben also nur noch die Kantone *Uri, Obwalden,* beide *Appenzell* und *Tessin,* sowie der aargauische Entwurf übrig, welche ohne jede Regelung der Relevanzfrage dastehen. Ob hier der Richter in der Praxis irrelevante Tatsachen zum Beweise zulasse, ist mir unbekannt. Jedenfalls hat er auch hier kraft seines Prozessleitungsrechtes die Befugnis, unnützes Material aus dem Prozesse zu eliminiren; er greift ja dadurch keineswegs in das Dispositionsrecht der Parteien ein, da dieses der Natur der Sache nach nur auf die facta relevantia sich beziehen kann. *Langenbeck* sagt in dieser Beziehung mit Recht: „Hätten auch unsere Gesetze die Führung irrelevanter Tatsachen nicht mit einem ausdrücklichen Verbote bedacht, so würde sich an der Unzulässigkeit solcher Beweise doch um innerer Gründe willen nicht zweifeln lassen.“[37]) Die hier erwähnten innern Gründe sind im Eingange des vorstehenden Paragraphen erörtert worden und gelten gewiss auch für die deutsche Reichscivilprozessordnung, welche es an einem ausdrücklichen Verbote des Beweises irrelevanter Tatsachen ebenfalls mangeln lässt.[38])

Relevanz bedeutet also diejenige Eigenschaft der Tatsachen, welche diese als von entscheidendem Einflusse auf den konkreten Streitfall erscheinen lässt. Es liegt nun in der Natur der Sache, dass nicht alle relevanten Tatsachen den gleichen Einfluss auf den Entscheid haben können, sondern dass dieser Einfluss bald ein grösserer bald ein geringerer sein wird. Den höchstmöglichen Einfluss wird der Beweis derjenigen Tatsache ausüben, welche die anspruchsbegründende oder -vernichtende Tatsache selbst darstellt. Am nächsten wird sodann der Be-

---

[37]) *Langenbeck*, Beweisführung, Bd. I, p. 109.

[38]) Vgl. Motive zur D. R. C. P. O. p. 203, bei *Hahn*, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. II, 1. Abt., p. 272. (. . . Das Gericht hat daher nur zu prüfen, ob in Betreff der erheblichen streitigen Tatsachen Beweis angetreten sei, . . .)

weis einer solchen Tatsache stehen, die, wenn auch nicht die anspruchsbegründende oder -vernichtende Tatsache selbst ist, aber doch ein dem Effekte nach gleiches Resultat zu Tage fördert, wie dies beim Beweise eines von der Gegenpartei über jene Tatsache abgelegten Geständnisses der Fall ist. Von Einfluss kann aber endlich auch eine Tatsache sein, welche auf die Existenz der anspruchserzeugenden oder -vernichtenden Tatsache schliessen lässt. Diese drei Stufen der Relevanz klar gelegt zu haben, ist das Verdienst *Heusler*'s, das dieser sich in der bereits mehrfach citirten Abhandlung: Die Grundlagen des Beweisrechtes (Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 62, p. 209 ff.) erworben hat. *Heusler* nennt diese drei Arten von Tatsachen, die „das mögliche Objekt, ihre Konstatirung das mögliche Ziel des historischen Beweises“ sind, in Kürze: Rechtsakte, Geständnisse und Indizien.

Über die Relevanz der Rechtsakte, d. h. der anspruchsbegründenden resp. -vernichtenden Tatsachen selbst, brauchen wir keine Worte zu verlieren, da dieselbe in der Wissenschaft und in der Gesetzgebung überall und zu allen Zeiten unbestritten dasteht. Wol aber müssen die Geständnisse und die Indizien näher erörtert werden, da dieselben in der verschiedensten Art und in der eigentümlichsten Weise in Theorie und Gesetzgebung behandelt werden. Gerade die schweizerische Prozessgesetzgebung liefert eine treffende Illustration hiezu.

Da ein Geständnis, das vor dem Richter selbst abgelegt wird, nicht bewiesen zu werden braucht, so kann es sich bei der zweiten Stufe der Relevanz, dem Geständnisse, nur um das aussergerichtlich abgelegte Geständnis handeln und von diesem soll nun zunächst gehandelt werden.

§ 9.

a. Das aussergerichtliche Geständnis.

In der Wissenschaft und in der Gesetzgebung wird das aussergerichtliche Geständnis bald als Beweismittel,[39] bald als Beweisgrund[40] und bald als Beweissurrogat oder Beweiserleichterungsmittel[41] behandelt. Nach *Wach*[42] und *Endemann*[43] kann es sowol Dispositionsakt als auch Beweismittel sein, je nachdem der Konfitent entweder den Willen gehabt hat, eine Tatsache als existent festzustellen und gegen sich gelten zu lassen ohne Rücksicht darauf, ob er von der Richtigkeit derselben überzeugt war oder nicht, oder die Tatsache nur deshalb als wahr anerkannt hat, weil er von deren Existenz überzeugt war und die Wahrheit nicht hat verschweigen wollen. Das Richtige trifft wol *Heusler*,[44] welcher sagt: „Geständnisse sind Tatsachen, welche das in Frage stehende Recht unmittelbar nicht begründen noch vernichten, sondern es sind die vom Probaten dem Probanten abgegebenen Erklärungen (ausdrückliche oder stillschweigende, letzteres soweit nach civilrechtlichen Grundsätzen Stillschweigen als Erklärung gilt), welche die schon früher erfolgte, ausserhalb des Geständnisses liegende Begründung oder Vernichtung ausdrücklich konstatiren. Es sind also rein nur die confessiones darunter zu verstehen, nicht Konsenserklärungen, welche Rechtsakte, und nicht Erklärungen gegen Dritte, welche unter Umständen Indizien sind." Ob nun diese den Rechtsakt konstatirenden Erklärungen der Ausfluss des Bekenntnis- oder derjenige des Feststellungswillens

---

[39]) So bei *Wetzell*, System, § 22, p. 199, und bei *Renaud*, Lehrbuch § 97.

[40]) So bei *Langenbeck*, Beweisführung, Bd. I, p. 143.

[41]) So bei *Ortloff, H.*, Die gerichtliche Redekunst, Berlin 1887, p. 351.

[42]) *Wach*, Das Geständnis. Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 64, p. 216 ff.

[43]) *Endemann*, Beweislehre, p. 161.

[44]) a. a. O. p. 228.

(vorausgesetzt, dass im letztern Fall nicht eine Konsenserklärung vorliegt) seien, ist für den Richter im Prozesse durchaus gleichgültig, sofern sie eben nur wirklich geeignet sind, den Rechtsakt zu konstatiren. Die Tätigkeit des Probanten muss demnach dahin gehen, den Richter durch die nötigen Mittel von der Existenz solcher Erklärungen zu überzeugen; wenn dies gelungen ist, so ist damit die in Frage stehende relevante Tatsache, welche den streitigen Rechtsakt entweder ganz oder wenigstens zum Teil ausmacht, konstatirt, ohne dass der richterlichen Überzeugung noch etwas zu tun überbliebe. Eine direkte Gegenbeweisführung kann sich also nur auf die Tatsache des Geständnisses, nicht auch auf den Rechtsakt selbst beziehen, d. h. der Probat kann den Beweis dafür antreten, dass die das Geständnis bildenden Tatsachen wegen rechtlicher Mängel rechtsunwirksam seien, so wenn z. B. die Ernstlichkeit der Erklärung als nicht vorhanden gewesen behauptet wird.

Das aussergerichtliche Geständnis ist mithin Beweisobjekt und kann mit allen zulässigen Beweismitteln bewiesen werden.

I. In dieser Weise wird das aussergerichtliche Geständnis behandelt im *bundesgerichtlichen* Civilprozesse (Art. 105), sowie in folgenden Kantonen:

1) *Zürich* sagt in § 363:

> Ein nachgewiesenes aussergerichtliches Geständnis, welches gegenüber der Gegenpartei oder einem Vertreter derselben in der Absicht, eine von dieser behauptete Tatsache zuzugeben, erfolgt ist, hat die gleiche Wirkung wie eine vor Gericht abgegebene Erklärung.[45])

---

[45]) Wörtlich gleichlautend mit Art. 105, Abs. 1 des bundesgerichtl. Civilprozesses. Art. 105, Abs. 2 des letztern fügt hinzu: „Fehlt eines der bezeichneten Erfordernisse, so würdigt das Gericht eine solche aussergerichtliche Äusserung nach freiem Ermessen.“ — Die 1866er Prozessordnung des Kantons Zürich liess das aussergerichtliche Geständnis ungeregelt.

Hier wird also nicht unterschieden, ob das Geständnis ein Feststellungs- oder ein Bekenntnisgeständnis sei; es genügt, wenn die Absicht des Zugebens, der animus confitendi, nachgewiesen wird. Die Wirkung wird derjenigen einer vor Gericht abgegebenen Erklärung, d. h. eines gerichtlichen Geständnisses, gleichgestellt und gerade damit die Relevanz desselben in ihrer vollen Bedeutung konstatirt.

2) *Schwyz* bestimmt in § 178:

> Dem gerichtlichen Geständnis steht das aussergerichtliche oder das vor einem nicht zuständigen Gericht oder in einer andern Streitsache abgegebene gleich, wenn es von einem zu der im Geständnisse liegenden Verfügung Befähigten gegenüber dem Beteiligten selbst oder seinem Bevollmächtigten klar, bestimmt und in der Absicht, das Recht des Andern oder die eigene Verpflichtung anerkennen zu wollen, abgelegt worden ist. Ein solches Geständnis muss im Widerspruchsfalle bewiesen werden.

Auch hier wird das aussergerichtliche Geständnis als Beweisobjekt behandelt und mit der Wirkung ausgestattet, dass es jede weitere Beweisführung in Betreff der durch dasselbe konstatirten Tatsache überflüssig macht (denn nach § 177 ist dies die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses, wie später noch gezeigt werden soll). Mit den Requisiten des aussergerichtlichen Geständnisses wird es nach dieser Bestimmung mit Recht äusserst genau genommen. Mit dem Ausdruck „im Geständnis liegende Verfügung“ ist allerdings in erster Linie das Dispositionsgeständnis gemeint, es ist aber damit das reine Bekenntnisgeständnis m. E. keineswegs ausgeschlossen, da auch in dem blossen Bekennen der Wirkung nach ein Verfügen liegt; der Gesetzgeber wollte mit diesem Ausdrucke offenbar nur die Erfordernisse der Handlungsfähigkeit und der Dispositionsberechtigung prononciren.

3) *Zug* (§ 66) und *Obwalden* (Art. 62) sagen übereinstimmend:

> Dem gerichtlichen Geständnis ist ein erwiesenes aussergerichtliches gleich zu halten, welches gegenüber der Partei oder ihrem Vertreter in der Absicht, die betreffende Tatsache ausser Zweifel zu setzen, durch unzweideutige Worte abgelegt worden ist.

4) Am ausführlichsten behandelt *St. Gallen* das aussregerichtliche Geständnis in Art. 133:

> Ein aussergerichtliches Geständnis ist dem gerichtlichen gleich zu achten, wenn es bei einer ernstlichen Behandlung des Gegenstandes, von einer dazu befugten Person, wissentlich und absichtlich, um damit Rechte festzustellen oder Verbindlichkeiten anzuerkennen, dem Gegenbeteiligten selbst oder seinem Stellvertreter oder Beauftragten gegenüber auf unzweideutige Weise abgelegt worden ist.

5) Der Kanton *Aargau* (§ 126) und sein Entwurf (§ 184) sowie der *Schaffhauser* Entwurf (§ 257) reguliren das aussergerichtliche Geständnis in der gleichen Weise wie *Zug* und *Obwalden*.

In eigentümlicher Weise beschränkt *Uri* (§ 45) das aussergerichtliche Geständnis in seiner unbedingten Wirkung auf diejenigen Fälle, in welchen es „in einer andern Streitfrage oder vor nicht zuständigem Gerichte dem Gegner gegenüber klar und bestimmt ist abgelegt worden".

In allen bisher angeführten Kantonen wird daran festgehalten, dass nur ein gegenüber der Gegenpartei abgelegtes aussergerichtliches Geständnis vollwirksam sei. Man findet in diesem Erfordernis mit Recht die Hauptgarantie für die Zuverlässigkeit und Sicherheit des durch dasselbe gewonnenen Resultates.

Dass aber ein Geständnis, das gegenüber einer Drittperson abgelegt worden ist, ein Indicium für die zu beweisende Tatsache abgeben kann, ist klar. So enthalten denn auch der *bundesgerichtliche* Civilprozess (Art. 105, Abs. 2, vide Note 45), sowie die Kantone *Uri* (§ 45), *Schwyz* (§ 179) und

Entwurf (§ 151), *Obwalden* (§ 62), *Zug* (§ 66), *Schaffhauser* Entwurf (§ 257), *Aargau* (§ 126) und Entwurf (§ 184) die ganz richtige Bestimmung, dass der Richter eine aussergerichtliche Erklärung, welcher eines der vom Gesetze aufgestellten Erfordernisse zu der Qualität eines aussergerichtlichen Geständnisses fehle, nach freiem Ermessen im Zusammenhange mit den übrigen Tatumständen zu würdigen habe. St. Gallen sagt (in Art. 133), dass eine solche Erklärung höchstens als Anzeige in Würdigung fallen könne und erklärt damit (arg. Art. 136), dass ihr höchstens die Kraft eines halben Beweises beizulegen sei; ebenso ist die Wirkung einer derartigen Erklärung in *Schwyz* auf die Bildung eines halben Beweises beschränkt.

Im Kanton *Thurgau* erscheint das aussergerichtliche Geständnis überhaupt unter den Bestimmungen über den Indizienbeweis, merkwürdigerweise jedoch ohne dass die Würdigung desselben dem freien Ermessen des Richters überlassen würde, wie der Wortlaut des § 208:

> Ein aussergerichtliches Geständnis beweist gegenüber derjenigen Partei, welche es abgelegt hat, wenn dieselbe über den streitigen Gegenstand zu verfügen berechtigt war, und es sich aus den erhobenen Umständen zur Überzeugung des Richters ergibt, dass die Partei das Geständnis freiwillig und unzweideutig gemacht hat.
>
> Vorbehalten bleiben diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Beweis an bestimmte Erfordernisse geknüpft ist.

im Zusammenhalt mit dem § 209 ergibt, wo das freie Ermessen des Gerichtes speziell nur für die Würdigung der in diesem Paragraphen erwähnten Indizien vorbehalten wird. Diese Behandlungsweise deutet darauf hin, dass dem Gesetzgeber doch auch hier der prinzipielle Unterschied zwischen aussergerichtlichem Geständnis und blossem Indicium bewusst war, wenn er auch, verleitet durch ihre äusserliche Ähnlichkeit, diese beiden Beweisobjekte in ein und dieselbe Kategorie gebracht hat.

Ob nun auch die Kantone *Baselstadt* und *Appenzell A.-Rh.*, welche einen Indizienbeweis kennen, das aussergerichtliche Geständnis, das sie nicht ausdrücklich behandeln, blos als ein Indicium auffassen, kann auf Grund des blossen Gesetzestextes nicht mit Sicherheit entschieden werden, ist aber wol zu bejahen. Es scheint sich hier der Einfluss *Bayer*'s, welcher in seinen Vorträgen (p. 411—12) sagt: „Am richtigsten scheint es zu sein, die Bestimmung des Wertes solcher Geständnisse dem Ermessen des Richters nach den jedesmaligen Umständen zu überlassen", geltend gemacht zu haben.

II. Als Beweismittel wird sodann das aussergerichtliche Geständnis aufgefasst in folgenden Kantonen:

1. *Bern* (§ 161): Hier wird gesagt, das aussergerichtliche Geständnis, welches erwahrt werden müsse, beweise gegen die Partei insofern, als sie über den betreffenden Rechtsgegenstand zu verfügen berechtigt gewesen sei und es sich aus den Umständen ergebe, dass sie es freiwillig und in der Absicht abgelegt habe, ihre Überzeugung vollkommen an den Tag zu legen. Während hier wie überall der animus confitendi und die Dispositionsfähigkeit als Erfordernisse für die volle Wirksamkeit des aussergerichtlichen Geständnisses aufgestellt sind, wird das Requisit, wonach es gegenüber der Gegenpartei abgelegt sein muss, vollständig fallen gelassen. Damit nähert es sich nun gewiss dem blossen Indicium, wenn auch allerdings der Nachweis, dass es der Absicht, die Überzeugung vollkommen an den Tag zu legen, entsprungen sei, geeignet sein wird, dem Richter die Überzeugung von der Existenz des Rechtsaktes, welcher durch das Geständnis konstatirt werden soll, sehr leicht zu machen.

2. Der *schwyzerische* Entwurf stellt das aussergerichtliche Geständnis (im Gegensatz zum bisherigen Gesetze) ausdrücklich unter die Beweismittel und sagt in § 151, es bilde ebenfalls vollen Beweis (d. h. wie das gerichtliche Geständnis).

Es muss jedoch hier wiederum gegenüber der Gegenpartei abgelegt worden sein.

3. In *Glarus* wird in § 164 b unter dem Titel: „Vom Geständnis als Beweismittel“ einfach gesagt:

> Aussergerichtliche Geständnisse müssen von derjenigen Partei, die davon Gebrauch machen will, erwiesen werden.

und damit sowol die Fixirung der Voraussetzungen als auch diejenige der Wirkungen desselben der Praxis der Gerichte überlassen. In Analogie zu dem im gleichen Paragraphen behandelten gerichtlichen Geständnisse werden die Gerichte wol die gleiche Wirkung wie bei diesem, d. h. diejenige voller Beweiskraft, annehmen.

4. Zu dieser Gruppe gehören nun auch sämtliche Kantone der romanischen Schweiz, die unter den Beweismitteln auch dasjenige des „aveu de la partie“ aufstellen, wie es ihr Vorbild, der Code civil français, in Art. 1354 ff. tut. Eigentümlich ist diesen Kantonen gegenüber denjenigen der deutschen Schweiz nur die Bestimmung, dass überall da, wo der Zeugenbeweis ausgeschlossen ist, ein blos mündlich abgelegtes aussergerichtliches Geständnis ohne Erfolg geltend gemacht wird (Art. 1355 des C. c. fr.); nur *Freiburg* macht hievon eine Ausnahme, indem es in Art. 2181 seines Civilgesetzbuches das aussergerichtliche Geständnis in allen Fällen dem Ermessen des Richters anheimstellt. Auch *Tessin* enthält die Bestimmung des Art. 1355 C. c. fr. nicht. Über die Wirkung wird in *Wallis* (Art. 1228 des Civilgesetzbuches) bestimmt, dass in einem Prozesse, wo der Zeugenbeweis zulässig sei, das aussergerichtliche Geständnis nur dann Beweis bilde, wenn es in Gegenwart desjenigen abgelegt worden sei, zu dessen Vorteil es laute; ähnlich sagt *Tessin* in Art. 175 f. der Civilprozessordnung:

> La confessione stragiudiziale, che alcuno fa all' oggetto che essa serva di prova ad un altro, fa contro lui medesimo piena prova.
>
> 176. Se alcuno confessa stragiudizialmente qualche fatto, tale confessione non libera la parte contraria dal

carico della, prova salvo il caso in cui fosse seguita verso qualcuno ch'ei sapeva aver interesse alla di lui confessione.

Die Kantone *Waadt*, *Neuenburg* und *Genf* enthalten dagegen weder Bestimmungen über die Beweiskraft noch solche über die Requisite des aussergerichtlichen Geständnisses, so wenig wie der Code civil français selbst.

Alle diese Kantone, welche das aussergerichtliche Geständnis als Beweismittel bezeichnen, stimmen darin überein, dass sie es trotzdem auch als Beweis o b j e k t behandeln, indem überall (wo es nicht ausdrücklich gesagt wird, muss es der Natur der Sache nach subintellegirt werden) die Wirkung desselben erst dann eintreten kann, wenn eben die Tatsache des Geständnisses selbst erwiesen ist. Dass nun der Nachweis des wahren aussergerichtlichen Geständnisses jede weitere Operation des Richters überflüssig macht und deshalb nicht Mittel zum Beweise, sondern Zweck des Beweises, Beweisobjekt selber ist und unmittelbar zu den relevanten Tatsachen gehört, ist bereits ausgeführt worden.

Gar nicht erwähnt wird das aussergerichtliche Geständnis in den bereits genannten Kantonen *Baselstadt* und *Appenzell*, sowie in *Luzern*, *Nidwalden*. *Baselland*, *Solothurn*, *Schaffhausen*, *Appenzell I.-Rh.* und *Graubünden*. Welche Auffassung hier in der Praxis zur Geltung kommt, ist mir nicht bekannt.

---

§ 10.

b. Indizien und Vermutungen.

Die dritte Stufe der Relevanz nehmen diejenigen Tatsachen ein, welche weder die anspruchsbegründenden oder -vernichtenden Tatsachen, den Rechtsakt selbst, noch die den letztern konstatirenden Tatsachen darstellen, sondern blos auf den Rechtsakt s c h l i e s s e n lassen. Die Grenze, innerhalb welcher solche Tatsachen Anspruch auf Relevanz machen können, bestimmt

sich nach ihrer Qualität als Prämissen für eine stringente Schlussfolgerung auf den durch sie indizirten Rechtsakt. Der Richter wird nur diejenigen Tatsachen für relevant und deshalb als Beweisobjekt für tauglich erklären, welche einen wenn auch nicht mathematisch zwingenden, so doch nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge zuverlässigen Schluss auf die anspruchsbegründende oder -vernichtende Tatsache zulassen. Dabei wird er darauf zu achten haben, dass eine Schlussfolgerung unter Umständen erst durch den Zusammenhalt mehrerer indizirender Tatsachen möglich werden kann, von denen einzelne für sich allein vielleicht nicht als relevant anerkannt werden könnten.

Da die Schlussfolgerung durchaus Sache des Richters ist, so kann sich die Beweistätigkeit der Parteien einzig und allein auf die Konstatirung der indizirenden Tatsachen beziehen und deshalb sind die Indizien nicht Beweismittel zu nennen, sondern als Beweisobjekt zu charakterisiren. Ganz verkehrt ist es vollends, die Schlussfolgerung selbst als Beweismittel zu bezeichnen, denn diese ist ja der Herrschaft der Parteien ganz entzogen, während die Beweismittel ihrem Begriffe nach (in dem auf der Dispositionsmaxime aufgebauten Civilprozesse) vollständig der Disposition der Parteien anheimgestellt sind.

Die Schlussfolgerung nennt man technisch Vermutung, und insofern die Gesetze gewisse Indizien von vornherein und für alle Fälle als schlüssig bezeichnen, nennt man eine auf solche Indizien gestützte Schlussfolgerung gesetzliche Vermutung, präsumtio legis oder iuris.

Da der Rechtsakt nicht selbst konstatirt wird und jede Schlussfolgerung die Möglichkeit des Gegenteils der indizirten Tatsache offen lässt, so ist gegen das Resultat eines Indizienbeweises der Gegenbeweis stets möglich und darin unterscheidet sich jener von dem Beweise, der auf ein aussergerichtliches Geständnis gerichtet ist, wo ein Gegenbeweis nur gegen die Tatsache des Geständnisses möglich ist, da das Resultat des Geständnisbeweises nicht eine blos vermutete Tatsache, son-

dern immer der konstatirte und deshalb rechtlich als gewiss feststehende Rechtsakt selbst ist.[46]) Überall hat jedoch der Gesetzgeber eine Anzahl von Tatsachen für so stringent betrachtet, dass er sogar den Beweis des Gegenteils der durch diese indizirten Tatsachen ein- für allemal für unzulässig erklärt hat. Sobald diese privilegirten Tatsachen nachgewiesen sind, so ist damit eine zwingende Schlussfolgerung gegeben, eine Vermutung, die als praesumtio iuris et de iure oder als Fiktion bezeichnet zu werden pflegt.

Während nun die Fälle der praesumtiones iuris und iuris et de iure dem Richter in bindender Weise durch das Civilrecht vorgezeichnet sind, muss die Würdigung derjenigen Indizien, welche nicht von Gesetzeswegen für schlüssig erklärt sind und sogenannte praesumtiones hominis oder facti ermöglichen, vollständig dem Ermessen des Richters nach dem konkreten Fall überlassen werden, wenn nicht der Wert derselben ganz illusorisch gemacht werden soll; denn es ist klar, dass die Relevanz der indizirenden Tatsachen nicht anders als von Fall zu Fall bestimmt werden kann.[47])

---

[46]) *Wendt*, Beweis und Beweismittel, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 63, p. 254 ff., scheint dies zu übersehen, wenn er die Dreiteilung *Heusler's* verwirft und an der alten Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Beweise festhalten will. Er behauptet nämlich, dass auch das aussergerichtliche Geständnis immer nur eine Schlussfolgerung gewähre und deshalb als Indiz zu behandeln sei (p. 294).

[47]) Sehr bemerkenswerte Ratschläge werden in dieser Beziehung dem Richter erteilt in der *Indian Evidence Act*. Als Beleg für die Behauptung, dass uns die Engländer hierin als Muster dienen können, mögen folgende interessante Bestimmungen der genannten Evidence Act hier angeführt werden: Sect. 6: Facts which, though not in issue, are so connected with a fact in issue as to form part of the same transaction, are relevant, whether they occurred at the same time and place or at different times and places. — Sect. 7: Facts which are the occasion, cause, or effect, immediate or otherwise, of relevant facts, or facts in issue, or which constitute the state of things under which they happened, or which afforded an opportunity for their occurrence or transaction are relevant. — Sect. 8: Any fact is relevant which shows and constitutes a motive or preparation for any fact in issue or relevant fact . . . (Diese Bestimmung

Die gemeinrechtliche Theorie nennt die Beweisführung, welche nicht auf das streitige Factum direkt gerichtet ist, sondern auf eine Schlussfolgerung durch Indizien hinzielt, indirekten oder künstlichen Beweis im Gegensatze zum direkten oder natürlichen.[48]) Diese Unterscheidung hat, a priori betrachtet, m. E. lediglich didaktischen Wert, denn der Beweis hat für Richter und Partei dieselbe Bedeutung, ob er direkt oder indirekt geführt werde, so lange er nur auf relevante Tatsachen sich bezieht. Historisch ist aber jene Einteilung insofern von Bedeutung, als vielerorts auch dem gelungenen Indizienbeweise deshalb, weil man ihn als probatio artificialis betrachtete, stets nur die Kraft eines halben Beweises beigemessen wurde.[49])

Auf dem letztgenannten Standpunkt steht in der Schweiz einzig der Kanton *St. Gallen* mit § 136, welcher zugleich den Begriff des Indicium definirt:

> Anzeigen, d. h. solche Umstände oder Verhältnisse, welche auf andere streitige, entscheidende Tatsachen einen Schluss gestatten, oder eine Vermutung darüber

---

ist allerdings in erster Linie für den Beweis im Strafrecht berechnet, dient aber nicht ausschliesslich diesem.) — Sect. 9: Facts necessary to explain or introduce a fact in issue or relevant fact, or which support or rebut an inference suggested by a fact in issue or relevant fact, or which establish the identity of any thing or person whose identity is relevant, or fix the time or place at which any fact in issue or relevant fact happened, or which show the relation of parties by whom any such fact was transacted, are relevant in so far as they are necessary for that purpose. — Sect. 12: In suits in which damages are claimed, any fact which will enable the Court to determine the amount of damages which ought to be awarded is relevant. — Sect. 15: When there is a question whether an act was accidental or intentional, the fact that such act formed part of a series of similar occurrences, in each of which the person doing the act was concerned, is relevant. — Sect. 16: When there is a question whether a particular act was done, the existence of any course of busines, according to which it naturally would have been done, is a relevant fact.

[48]) Vgl. *Bayer*, Vorträge, § 225, p. 716.

[49]) Vgl. *Endemann*, Beweislehre, p. 91.

begründen, mögen vom Richter nach Gestalt der Sache gewürdiget, nie aber für sich als entscheidend angesehen werden. Höchstens ist ihnen für sich allein die Kraft eines halben Beweises beizulegen.

Wenn hier zwischen Schlussfolgerung und Vermutung unterschieden wird, so liegt damit dieser Bestimmung offenbar die Einteilung in einfachen Indizienbeweis, welcher auf eine blosse praesumtio hominis gerichtet ist, und dem Beweise, der auf eine praesumtio iuris hinzielt, zu Grunde. Dass auch der letztern blos die Kraft einer semiplena probatio beigelegt wird, ist eine Erscheinung, die wir auch im gemeinen Prozesse treffen;[50]) dieselbe beruht auf einer unrichtigen Auffassung der praesumtio iuris. Während nämlich richtigerweise nur dann von einer solchen gesprochen werden kann, wenn das Gesetz dem Richter vorschreibt, eine bestimmte Tatsache beim Vorhandensein einer bestimmten Prämisse so lange zu Gunsten der einen Partei als wahr anzunehmen, bis das Gegenteil derselben von der Gegenpartei bewiesen wird, hat man früher auch schon dann eine Rechtsvermutung angenommen, wenn das Gesetz in ausdrücklicher Regelung der Beweislast eine gewisse Tatsache als eine solche erwähnt, welche mit Wahrscheinlichkeit auf eine andere schliessen lasse.[51]) Es ist allerdings auch möglich, dass die angeführte st. gallische Bestimmung nur die praesumtiones hominis im Auge hat, allein dann ist mir unbegreiflich, was für ein Unterschied zwischen der dort erwähnten Schlussfolgerung und der einfachen Vermutung bestehen soll; die letztere ist doch auch nichts Anderes als eine Schlussfolgerung, die der Richter, gestützt auf Indizien (Anzeigen), welche die Prämisse derselben bilden, vornimmt.

Vollständig ausgebildet ist die Präsumtionenlehre in den

---

[50]) Vgl. *Endemann*, Beweislehre, p. 91.

[51]) Vgl. *Renaud*, Lehrbuch, § 105, und *Langenbeck*, Beweisführung, I. Bd., p. 195.

Kantonen *Bern, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg* und *Genf.* Die letzten fünf Kantone schliessen sich in teilweiser wörtlicher Uebereinstimmung dem Code civil français (Art. 1349—1353) an. Alle, mit Ausnahme von *Waadt,* unterscheiden zwischen einfacher und gesetzlicher Vermutung und behandeln die letztere als Beweisersatz (Art. 1352), die erstere als Beweismittel. Es läuft eben jene bereits oben kritisirte Verwechslung zwischen Beweis, Beweisresultat und Beweismittel unter. Die Parteien beweisen stets nur die indizirenden Tatsachen, müssen aber auch diese beweisen, wenn dieselben bestritten sind; der Richter beweist darauf sich selbst auf dem Wege der Schlussfolgerung das thema probandum; die letztere Tätigkeit ist aber nicht ein Beweis im prozessualen Sinne, sondern ein philosophischer Beweis, eine logische Deduktion. Jener Verwechslung machte sich übrigens schon *Donell* schuldig, da er die Schlussfolgerung als species probationis bezeichnet (lib. XXV. cap. III. § 2), obschon er sonst gerade in der Beweislehre sehr viele Irrtümer seiner Zeitgenossen bekämpfte. Interessant ist dabei und verdient hier beiläufig erwähnt zu werden, wie *Donell* (loco citato) ausführt, dass eigentlich gerade der Beweis auf (resp. nach seiner Ansicht durch) Schlussfolgerung der einzig sichere und rationelle sei: proprie et vere solum probantur res ratione, non autem testimonio, quia res ratione et argumento arguuntur necessario, seu necessitate naturae, quae fallere non potest. .... at testimonio testis, aut testimonio instrumenti, non arguitur res necessario. Non enim si quis dicit, rem ita se habere, idcirco ita res se habet, potest enim testis mentiri, aut errore falsum dicere, et ideo bene Cicero: argumenta esse rerum, testimonia voluntatum, quae voluntates mutari possunt, et falli, atque alios fallere. Diese philosophische Betrachtung ist gewiss richtig; fatalerweise werden aber doch in den wenigsten Fällen des Indizienbeweises die Prämissen so stringente sein, dass der Richter ratione et argumento necessario unmittelbar auf das Beweisthema schliessen kann, und es wird stets „scharfer Kritik und gewissenhafter Abwägung und Abschätzung des Wertes“

der Indizien von Seiten des Richters erfordern, wie *Heusler* sagt.[52])

Die Kantone der *romanischen* Schweiz verkennen die Schwierigkeit des Indizienbeweises, da wo er nicht durch eine gesetzliche Vermutung unterstützt ist, keineswegs, indem sie (mit Ausnahme *Waadts*) die Bestimmung des Art. 1353 C. c. fr. aufstellen:

> Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes (et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol).

Die eingeklammerte Beschränkung ist nicht zu billigen, steht aber im Zusammenhang mit der rechtspolitischen Bedeutung, welche der Beschränkung des Zeugenbeweises im französischen Rechte überhaupt zu Grunde liegt. Sie ist nicht enthalten im Civilgesetzbuche *Freiburgs,* das in Art. 2265 einfach sagt:

> Diejenigen Vermutungen, welche nicht durch das Gesetz aufgestellt sind, bleiben der Einsicht und Klugheit des Richters überlassen, sonderheitlich in Fällen von Arglist oder Betrug.

Dass die praesumtio iuris nur in den vom Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen Platz greifen dürfe, wird in Art. 1350 C. c. fr. scharf betont:

> La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits . . .

Eine Eigentümlichkeit des französischen resp. französisch- und italienisch-schweizerischen Rechtes liegt darin, dass es unter den Beispielen für solche Tatsachen, an welche das Gesetz Vermutungen knüpft, die res iudicata und das Geständnis sowie

---

[52]) *Heusler*, Grundlagen des Beweisrechtes, p. 301.

den Parteieid anführt. Mit gleichem Recht könnten gewiss auch die vollbeweisenden titres authentiques oder die Aussagen zweier klassischer Zeugen dazu gezählt werden, denn auch diese Tatsachen veranlassen den Richter zu einer Schlussfolgerung, die das Gesetz ihm vorschreibt, wenn es sagt, dass er von ihnen auf die Wahrheit des thema probandum schliessen müsse. Jene Exemplifikation ist gewiss eine schiefe und würde besser wegbleiben.

Die komplizirten Bestimmungen des Art. 1352 Abs. 2, welche den Gegenbeweis „gegen die Vermutung“ nur dann ausschliessen, wenn das Gesetz auf Grund der fraglichen Vermutung gewisse Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt oder die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruches ausschliesst, sind mit Recht fallen gelassen worden in *Freiburg* und *Wallis*. Es spricht in der Tat kein Grund für eine besondere Behandlung jener speziell genannten Vermutungen. Gegen die Vermutung selbst kann selbstredend kein Gegenbeweis geführt werden, ein solcher lässt sich nur führen entweder gegen die die Vermutung zulassenden Tatsachen, die Prämissen, oder gegen den Rechtsakt selbst, wie schon oben ausgeführt worden ist; und es liegt in der Natur der Sache, dass ein Gegenbeweis hier unter allen Umständen zulässig sein muss.

Der von allen welschen Kantonen adoptirte Satz des Art. 1352 Abs. 1: La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe —, welcher die gesetzliche Vermutung als relevatio probationis behandelt, setzt voraus, dass die Prämissen der Vermutung bereits konstatirt sind, sei es, dass Notorietät derselben vorliege oder dass sie gerichtlich eingestanden sind. Sind die Prämissen dagegen nicht konstatirt, so bleibt die Beweispflicht vollkommen bestehen, wie im gemeinrechtlichen Prozesse stets angenommen wurde. Ja, die Vermutung hat in diesem Falle nicht einmal die Wirkung, dass nur auf die Prämissen interloquirt würde, sondern es wird das thema probandum als einziger Beweissatz in den Beweisbescheid aufgenommen, gleich als ob gar keine

Vermutung existirte[53]). Gleichwol aber steht es der beweispflichtigen Partei frei, ihre Beweisführung auf die Prämissen der Vermutung zu richten, und zwar mit demselben Erfolge, wie wenn sie das Beweisthema direkt beweisen würde. Eine derartige Regelung ist aber zu verwerfen, denn sie ist weder natürlich noch rationell. Richtigerweise kann es sich auch hier wieder nur um die Relevanzfrage handeln. Eine Tatsache ist immer relevant, wenn sie einen gesetzlich fixirten Schluss auf das eigentliche Beweisthema zulässt, und daher ist nicht einzusehen, warum der Richter nicht auf diese relevante Tatsache interloquiren sollte.

Bern behandelt die Präsumptionenlehre viel rationeller. Unter dem Titel: „Von dem Beweis durch Schlussfolgerung und durch den Ergänzungseid" gibt die bernische Civilprozessordnung zunächst eine gute Definition des Indizienbeweises in § 260:

> Der Beweis durch Schlussfolgerungen (künstlicher Beweis) hat zum Zwecke, die Überzeugung des urteilenden Richters mittelst Vorlegung solcher Tatsachen zu bestimmen, durch die zwar die eigentlich zu beweisende Tatsache nicht unmitelbar erwiesen oder widerlegt, wol aber ein Schluss auf ihre Wahrheit oder Unwahrheit begründet wird (Anzeigen, Indizien).

und sagt in § 261, dass die Tatsachen, aus welchen die Wahrheit oder Unwahrheit einer andern gefolgert werden solle, vollständig erwiesen sein müssen, bevor das Gericht einen Schluss daraus herleiten dürfe; in Beseitigung einer gemeinrechtlichen Kontroverse fügt es gleich hinzu, dass zu diesem Beweise alle gesetzlichen Beweismittel, mit Einschluss der Eideszuschiebung, gebraucht werden dürfen und zwar ohne dass dadurch der nachherigen Zuerkennung des Ergänzungseides präjudizirt werde. Das ist vollständig richtig, denn die eidliche Erhärtung der Prämisse macht den Schluss aus derselben nicht zum unbedingt

---

[53]) Vgl. *Renaud*, Lehrbuch, § 105.

sichern und es kann trotz ihr ein ungenügendes Resultat herauskommen. — In den §§ 262 f. normirt *Bern* die praesumtio iuris und die praesumtio iuris et de iure, wobei ganz richtig gesagt wird, dass hier die Prüfung des Richters sich nur auf die Würdigung der Prämisse beziehe. Wenn aber bestimmt wird, dass im Falle einer praesumtio iuris et de iure der Gegenbeweis nur gegen die faktischen Voraussetzungen der letztern, nicht aber „gegen die Vermutung selbst“ statthaft sei, so kann daraus vernünftigerweise nicht geschlossen werden, dass bei der praesumtio iuris gegen die Vermutung als solche, d. h. gegen die Tätigkeit des Folgerns ein Gegenbeweis zulässig sei, sondern die Ausdrucksweise des Gesetzes ist ohne Zweifel dahin zu verstehen, dass hier gegen die vermutete Tatsache der Gegenbeweis für zulässig erklärt wird. In diesem Sinne ist dann das bernische Recht wiederum ein Beleg für die Behauptung, dass Indicium und aussergerichtliches Geständnis nicht als Begriffe, die sich wie genus und species zu einander verhalten, aufgefasst werden dürfen, wie *Wendt* gegen *Heusler* anführt, sondern zwei durchaus verschiedene Dinge sind, da durch beide etwas verschiedenes konstatirt wird und da beide von ganz ungleicher Wirkung sind. Die Dreiteilung *Heuslers* steht und fällt aber mit diesem Satze.

Der *bundesgerichtliche* Civilprozess behandelt den Indizienbeweis unter dem Titel: „Vom zusammengesetzten Beweise“ und bestimmt, dass Beweise, welche durch Anzeigen geführt werden, vom Richter nach freiem Ermessen gewürdigt werden, mit Vorbehalt jedoch der durch das Gesetz aufgestellten Vermutungen. Dieser Vorbehalt trifft die präsumtiones iuris und iuris et de iure. Der Art. 152:

> Jede einzelne Anzeige ist nach den gleichen Vorschriften festzustellen, wie diejenigen Tatsachen, auf welche die Klage oder Verteidigung unmittelbar gestützt wird.

zeigt, dass der Ausschluss des freien Ermessens bei den gesetzlichen Vermutungen sich nicht auf die Würdigung der Prämisse,

sondern wie in *Bern* nur auf den Akt der Schlussfolgerung bezieht.

Von dieser Gruppe unterscheiden sich zwei weitere Gruppen von Kantonen dadurch, dass in diesen einesteils nur der auf eine einfache Vermutung gehende Indizienbeweis und andernteils nur der Beweis auf rechtliche Vermutungen geregelt wird. Eine vierte Gruppe endlich bilden diejenigen Kantone, welche weder einfache noch gesetzliche Vermutung erwähnen.

Nur der einfache Indizienbeweis wird gesetzlich geregelt in den Kantonen *Baselstadt* (§§ 97 f.), *Appenzell A.-Rh.* (§ 72) (hier werden die Indizien „Inzichten" genannt), *St. Gallen* (Art. 136) (bereits erwähnt) und *Thurgau* (§ 155). *Schaffhausen* erwähnt in § 289 nur ganz beiläufig den Indizienbeweis, indem es bei Normirung des Ergänzungseides sagt, der letztere könne aufgelegt werden, wenn eine bestrittene und erhebliche Tatsache durch Zeugen, Urkunden oder Anzeigen nicht zur vollen Überzeugung des Gerichtes gebracht, sondern blos bis zu einem gewissen Grade wahrscheinlich gemacht worden sei. Alle übrigen Kantone stellen die Indizien ausdrücklich unter die Beweismittel und in gleiche Linie neben die eigentlichen Beweismittel. Während aber in *St. Gallen* die Beweiskraft derselben im günstigsten Falle diejenige eines halben Beweises sein kann, wird in den übrigen Kantonen dieser Gruppe die Würdigung derselben ausdrücklich dem freien Ermessen des Richters überlassen. Eine andere Normirung als die letztere lässt sich kaum rechtfertigen, denn eine Regelung der Schlussfolgerungen in dem Sinne, dass das Gesetz diejenigen Indizien ausdrücklich bezeichnete, welche den Richter zum Schlusse auf das thema probandum berechtigen und alle andern ein- für allemal ausschlösse, müsste sich in eine endlose Kasuistik verlieren und würde zudem ihren Zweck verfehlen, da bei der grossen Manigfaltigkeit der Lebensverhältnisse unmöglich Vollständigkeit erzielt werden könnte, so dass durch die notwendig schablonenmässig werdende Anwendung der gesetzlichen Regeln nur eine Quelle von zahl-

losen ungerechten Richtersprüchen entspringen würde. Die Schlussfolgerung ist als Verstandestätigkeit eine so innerliche und deshalb individuelle Operation, dass sie notwendigerweise von Fall zu Fall der freien vernunftgemässen Überlegung des Richters anheimgestellt werden muss. Darin liegt allerdings eine Gefahr für die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Rechtsprechung, die nur durch die Fürsorge des Staates für ein vorzügliches Richterpersonal paralysirt werden kann.

Über die Relevanzqualität der Indizien spricht sich *Baselstadt* in § 98 treffend folgendermassen aus:

> Unter Indizien sind solche Tatsachen zu verstehen, welche zwar nicht die vom Recht aufgestellten Merkmale des darauf gestützten Rechtsanspruches enthalten, aber nach ihrer natürlichen, regel- und erfahrungsmässigen Bedeutung eine Schlussfolgerung auf die für den Rechtsanspruch entscheidende Tatsache gewähren. Solche Indizien sind vom Richter nach freiem Ermessen zu würdigen.

In der Tat kann kein anderes Kriterium für die Relevanzqualität des Indicium aufgestellt werden, als eben die natürliche regel- und erfahrungsmässige Bedeutung, welche es als in kausalem Verhältnis zum Beweisthema stehend qualifizirt. Sobald aber diese Qualität vom Richter als feststehend betrachtet wird, so liegt kein Grund mehr vor, einen Beweis, der auf die Konstatirung von Indizien gerichtet ist, ein- für allemal als minderwertig gegenüber dem Beweise auf ein aussergerichtliches Geständnis oder auf den Rechtsakt zu erklären, wie es *St. Gallen* tut.

Nur die gesetzliche Vermutung wird erwähnt in den Kantonen *Luzern* (§ 110), *Obwalden* (Art. 62), *Zug* (§ 66) und *Graubünden* (Art. 160). Die drei erstgenannten Kantone enthalten übereinstimmend folgenden Satz:

> Jede Partei hat diejenigen widersprochenen Tatsachen zu beweisen, auf die sich ihre Behauptungen gründen, wenn weder eine gesetzlich aufgestellte Rechts-

vermutung, noch die Offenkundigkeit für die Sache sprechen.

Damit stehen diese Kantone auf dem gleichen gemeinrechtlichen Standpunkte, wie die romanischen Kantone, wo die gesetzliche Vermutung als Beweisersatz behandelt wird. Konsequenterweise wird wol auch hier die gesetzliche Vermutung in dem Beweisbescheide unbeachtet bleiben und der beweispflichtigen Partei der Beweis für das thema probandum auferlegt werden. Ob aber auch hier, wie im gemeinen Rechte, die Erleichterung eintritt, dass der Probant gleichwol das Recht hat, mit Erfolg seine Beweisführung nur auf die Prämissen zu führen, kann ich nicht sagen. Es ist wol anzunehmen, dass sich die gemeinrechtliche Theorie auch in diesem Punkte in den genannten Kantonen Geltung verschafft habe.

Wie in diesen Kantonen der Beweis auf eine einfache Vermutung zu behandeln sei, ist in ihren Prozessordnungen nicht gesagt. Es kommt darauf an, ob ein solcher Beweis in der Praxis als ein unvollständiger betrachtet wird oder nicht. Ist das erstere der Fall, so wird der Beweis der Prämissen der Vermutung stets durch einen Ergänzungseid (der in *Obwalden* und *Zug* möglich ist) vervollständigt werden müssen. *Luzern* kennt nur den Schiedseid. Da es diesen aber (in § 182) nur für den Fall zulässt, als dem Probanten keine andern Beweismittel zu Gebote stehen, so ist es wol möglich, dass der Beweispflichtige, der sich nur auf Indizien stützen kann, auch hier stets das Beweismittel des Eides zu Hilfe nehmen muss, um durchdringen zu können.

Graubünden bestimmt in Art. 160 Folgendes:

> Wenn tatsächliche Verhältnisse in Frage kommen, zu deren Gunsten eine sogenannte Rechtsvermutung (Präsumtion) Platz greift, so fällt der Gegenbeweis demjenigen Teil zur Last, der dieselben bestreitet.

Auch hier muss angenommen werden, dass die Tatsachen, welche die Prämissen der Rechtsvermutung bilden, bereits konstatirt vorliegen müssen, damit die Beweislast sich auf

die Gegenpartei verschiebe. Damit scheint auch dieser Kanton auf dem Boden der gemeinrechtlichen Prozesstheorie mit ihren Konsequenzen zu stehen.

Seltsamerweise hat nun auch der *aargauische* Kommissionalentwurf und mit ihm der Entwurf der ersten Grossratslesung (in § 171) im Gegensatz zum regierungsrätlichen Entwurfe, der blos den Satz aufstellte (in § 160), dass bei der Beweiswürdigung der Richter auch die Inzichten und begleitenden Umstände in Betracht ziehen könne, und zum bisherigen Gesetze, das gar keine Bestimmungen über die Vermutung enthält, den unnützen [54]) Satz des gemeinen Rechtes aufgenommen, dass Tatsachen, für deren Richtigkeit eine gesetzliche Vermutung bestehe, keines Beweises bedürfen. Es ist dies um so auffallender, als jene beiden zuerst genannten Entwürfe in § 170 neu die Bestimmung des § 259 der Civilprozessordnung des deutschen Reiches, nach welcher die freie Beweiswürdigung im weitest denkbaren Umfange gilt, beinahe wörtlich adoptirt hat. Jener durchaus auf die gemeinrechtliche Legaltheorie zugeschnittene Satz passt daher schlecht zu dieser das entgegengesetzte Extrem darstellenden Regelung der Beweiswürdigung.

Die letzte Gruppe wird gebildet durch die Kantone *Zürich, Uri, Schwyz, Glarus, Solothurn, Baselland* (*Schaffhausen* vgl. oben p. 75), *Appenzell I.-Rh.* und *Aargau*. Hier wird über den Indizienbeweis und die Vermutungen gar nichts gesagt. Das ist nun eine Erscheinung, die mit Bezug auf das Stillschweigen über die gesetzliche Vermutung sehr zu begrüssen ist, denn die Regelung der letztern ist durchaus und einzig Sache des materiellen Civilrechtes und der allein in Betracht kommende prozessuale Satz, dass ein Gegenbeweis sowol gegen die

---

[54]) Wenn das materielle Civilrecht eine Vermutung aufstellt, so hat der Richter ohne weiteres gemäss dieser zu verfahren, d. h. nur den Beweis der Prämissen zu fordern und darauf die vom Gesetze vorgeschriebene Folgerung auf das Beweisthema vorzunehmen; dazu sollte es doch gewiss keiner besondern Mahnung durch das Prozessgesetz bedürfen.

Prämissen der Vermutung als auch gegen die vermutete Tatsache (sofern es sich nicht um eine praesumptio iuris et de iure handelt, in welchem Falle gegen die vermutete Tatsache der Gegenbeweis durch das materielle Civilrecht verboten wird) zulässig sei, ist ein so selbstverständlicher, dass es dessen ausdrücklicher Erwähnung nicht bedarf. Es ist bemerkenswert, dass diese Erwägung auch der *aargauischen* Civilprozessordnung (vom Jahre 1851) zu Grunde gelegt wurde, obschon diese im Übrigen so zu sagen ganz auf dem Boden des gemeinen Prozesses aufgebaut ist.

Aber auch der Mangel an Bestimmungen über den einfachen Indizienbeweis ist einer Civilprozessordnung nicht als Fehler anzurechnen. Vielmehr ist er als ein Zeichen dafür anzusehen, dass es dem Richter überlassen bleiben solle, alle Tatsachen, welche eine Partei zur Unterstützung ihres Rechtsbegehrens anführt, auf ihre Relevanz zu prüfen, ohne Rücksicht darauf, ob sie den Rechtsakt selbst konstatiren oder nur einen (stringenten) Schluss auf den letztern gewähren. Das darf jedenfalls angenommen werden für diejenigen Prozesssysteme, welche den Richter in der Würdigung der Tatsachen überhaupt freier stellen, als dies z. B. im gemeinen Prozesse der Fall ist. Nun kennen aber bis auf *Aargau* alle oben genannten Kantone der vierten Gruppe eine mehr oder weniger freie Beweiswürdigung, besonders *Zürich, Solothurn, Baselland* und *Schaffhausen,* weshalb wol anzunehmen ist, dass in diesen Kantonen die Indizien als relevante Tatsachen behandelt werden und deshalb Beweisobjekt sein können. Im Kanton *Zürich* ist dies durch ein Präjudiz des Obergerichtes ausdrücklich konstatirt. Hier hat nämlich einmal ein erstinstanzliches Gericht einen anerbotenen Zeugenbeweis mit der Begründung abgelehnt, dass die Aussagen der Zeugen in concreto höchstens die Bedeutung eines Indiciums haben könnten. Das Obergericht hat aber mit Recht erklärt, dass hierin eine Verweigerung rechtlichen Gehörs liege, da nach der zürcherischen Prozessordnung kein Unterschied gemacht werde „zwischen Indizien und gewichtigeren

Beweismitteln“, sondern der Richter gemäss § 290 in der Würdigung der Beweise lediglich an seine Überzeugung gebunden sei, sofern ihn das Gesetz hierin nicht ausdrücklich beschränke.[55])

Auf diesem Standpunkte steht auch die deutsche Reichscivilprozessordnung in § 259, welche das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheiden lässt, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei. Als Ventil gegen eine leichtfertige Judikatur fügt sie bei, dass in dem Urteile die Gründe anzugeben seien, welche für die richterliche Überzeugung leitend gewesen. Diese heilsame Bestimmung haben nun auch die neuesten Entwürfe der *aargauischen* Civilprozessordnung (in § 170) adoptirt; sie sollte in der Tat in keiner Prozessordnung fehlen, die das System der vollständigen Freiheit in der Beweiswürdigung aufstellt.

---

§ 11.

3. Bestrittenheit der Tatsachen.

Es ist ausgeführt worden, dass Gegenstand des Beweises nur Tatsachen sein können und dass diese selbst zu beschränken seien auf die in concreto relevanten Tatsachen; jetzt soll gezeigt werden, dass beweisbedürftig unter den relevanten Tatsachen wiederum nur diejenigen sind, über deren Existenz unter den Parteien Streit herrscht, d. h. nur die bestrittenen, daher dann alle unbestrittenen Tatsachen im Civilprozesse Beweisobjekt nicht sein können.

---

[55]) Vgl. *Sträuli*, Kommentar zum Gesetze betr. die zürch. Rechtspflege. Winterthur 1883. Präjudiz No. 22 zu § 704, und *Meili*, Der Civil- und Strafprozess des Kantons Zürich und des Bundes. Ein Kommentar. Zürich 1882, p. 237, ad No. 6 c.

Es liegt in der Natur des (ordentlichen) Civilprozesses als eines Streites um reine Privatinteressen, dass der Civilrichter nur dasjenige tatsächliche Streitmaterial seiner Prüfung unterstellt, welches ihm die Parteien zum Zwecke, ein Urteil darüber zu erlangen, vorlegen.

Da es nun aber ganz im Belieben der Parteien steht, diejenigen Tatsachen, welche Rechtsansprüche begründen oder aufheben, im Prozesse vollständig oder unvollständig geltend zu machen, weil und soweit es sich um verzichtbare Rechte handelt, so muss es auch jeder Partei freistehen, eine Tatsache, welche von der Gegenpartei behauptet wird, als wahr anzuerkennen, ohne dass der Richter das Recht hätte, die reelle Begründetheit eines solchen Anerkenntnisses zu untersuchen, und je nach dem Resultat dieser Untersuchung der behauptenden Partei den Beweis für die Existenz der bereits anerkannten Tatsache aufzulegen oder nicht. Mit andern Worten, das gerichtliche Geständnis, wie man das Anerkennen der Wahrheit von Tatsachen im Civilprozessrecht nennt, bindet den Richter in der Weise, dass dieser bei der Prüfung des Prozessstoffes auf die Subsumirung der anerkannten Tatsachen unter die zutreffenden gesetzlichen Bestimmungen beschränkt ist.

Der Civilprozess ist nun ferner ein Parteikampf, in welchem die eine Partei angreift und die andere sich verteidigt, und wie in jedem Kampfe derjenige, welcher einem Angriffe gegenüber untätig bleibt, sich den Nachteil, der ihm aus seiner eigenen Nachlässigkeit entsteht, gefallen lassen muss, so muss sich auch der Angegriffene im Civilprozesse gegenüber jeder tatsächlichen Behauptung, welche Rechtsansprüche des Gegners zu begründen im Stande sind, zur Wehre setzen, indem er wenigstens vorläufig deren Wahrheit bestreitet, sonst wird er sich den Rechtsnachteil gefallen lassen müssen, dass der Richter seine stillschweigende Haltung als Anerkennung deutet. In der Tat lässt sich ein Civilprozess nicht wol denken ohne eine derartige Regelung der Parteitätigkeit, und es wird einer Partei jedenfalls nicht zu viel zugemutet und ihr Dispositionsrecht nicht

verletzt, wenn man ihr sagt: Entweder bestreitest du das gegnerische Vorbringen oder du gibst es zu; tust du keins von beiden, so wird es als von dir anerkannt angenommen. Denn ein Recht auf bedeutungsloses Stillschweigen gibt es nirgends und noch weniger existirt ein Privilegium für die Nachlässigkeit. Dass man aber die Erklärung des Gegners als eine prozessuale Pflicht erkläre, wie es im gemeinen Prozesse[56]) und von *Wach* geschicht, ist nicht richtig. (Allerdings kann man es als eine Selbsterhaltungspflicht bezeichnen, dass jede Partei sich zur Wehr setze, wo ihr ein Angriff gegenübersteht.) Die richtige Auffassung ist treffend verteidigt worden von *Bülow,*[57]) welcher dem Prinzipe der Responsionspflicht dasjenige des Rechtes zur Abwehr entgegensetzt und anstatt der poena confessi, d. h. der Strafe für die Verletzung der Responsionspflicht, die Verwirkung des Abwehrrechtes als Folge des Stillschweigens aufstellt. Freilich muss der Partei auch die Gelegenheit gegeben werden, sich über jeden Punkt auszulassen, und unbeholfenen Personen soll der Richter dabei zu Hilfe kommen, indem er sie auf alles aufmerksam macht, was sie aus Unwissenheit übersehen könnten.

Für den Richter gibt es also nur bestrittene oder anerkannte Tatsachen. Die letztern bedürfen, wie bereits ausgeführt, eines Beweises nicht, und deshalb können eben nur bestrittene Tatsachen Beweisobjekt sein.

Das Requisit der Bestrittenheit der zu beweisenden Tatsachen wird in der Schweiz vom *bundesgerichtlichen* Civilprozess (Art. 103) sowie von folgenden Kantonen ausdrücklich ausgesprochen: *Zürich* (§ 340), *Bern* (§ 159), *Schwyz* (§ 180), *Glarus* (§ 158), *Baselland* (§ 96), *Schaffhausen* (§ 207) und Entwurf (§ 254), *St. Gallen* (§ 134), *Graubünden* (Art. 161), *Aargau* (§ 118) und Entwurf (§ 171) und *Thurgau* (§ 153).

Beinahe in allen Prozessordnungen manifestirt sich sodann

---

56) *Wetzell*, System, § 49, p. 627; *Renaud*, Lehrbuch, § 165, p. 487.

57) *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Archiv für die civ. Pr., Bd. 64, p. 30 ff.

das Bestreben, durch energische Vorschriften Klarheit in Betreff der Bestrittenheit oder Unbestrittenheit der Facta zu provoziren. Wie man dies im kanonischen Prozesse[58]) durch das Positionsverfahren zu erreichen gesucht hat, so stellen heute die Mehrzahl der Kantone Bestimmungen auf, nach welchen sich jede Partei über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen bestimmt zu erklären hat. Es erscheint hier also die von *Bülow* verworfene Responsionspflicht durchwegs als gesetzliches Zwangsmittel, wie im gemeinen Prozesse, während das Prinzip der Abwehr und der Rechtsverwirkung nirgends in prägnanter Form aufgestellt wird. Wir haben es eben überall mit einer falschen Formulirung des richtigen Gedankens zu tun. — Die Responsionspflicht ist ausgesprochen in folgenden Kantonen: *Zürich* (§ 334), *Luzern* (§ 99), *Schwyz* (§ 161: die Antwort muss enthalten: . . . 2. die schrittweise Verfolgung der vom Kläger angebrachten Tatsachen, sowie die genaue Bezeichnung derjenigen unter denselben, welche teilweise oder ganz, bedingt oder unbedingt widersprochen werden), ebenso der *schwyzerische* Entwurf (§ 134), ferner *Glarus* (§ 155 Abs. 2), *Baselstadt* (§ 61), *Schaffhausen* (§ 196) und Entwurf (§ 255), *Aargau*, Entwurf (§ 135), *Tessin* (Art. 74), *Waadt* (Art. 164), *Wallis* (Art. 142), *Neuenburg* (Art. 186) und *Genf* (Art. 78). Ebenso auch im *bundesgerichtlichen* Civilprozess (Art. 100). Dabei wird Stillschweigen meist als Geständnis ausgelegt; so ausser den oben genannten Kantonen auch in *Bern* (§ 160), *Solothurn* (§ 90) und *Aargau* (§ 125); während dies zweifelhaft ist in den Kantonen *Uri* (§ 45), *Obwalden* (§ 62), *Zug* (§ 66), *St. Gallen* (Art 132) und *Graubünden* (Art. 161), wo gesagt wird, dass die von einer Partei ausdrücklich zugestandenen Tatsachen nicht beweisbedürftig seien. Eine strikte Interpretation dieser Bestimmung muss wol dahin gehen, dass in diesen Kantonen auch solche Tatsachen beweisbedürftig seien, über welche sich die Gegenpartei nicht aus-

---

[58]) Vgl. *Endemann*, Beweislehre, p. 132 f.

gesprochen, sondern stillschweigend verhalten hat. Die oben angeführten Gründe für die Richtigkeit des Rechtsverwirkungsprinzipes sprechen aber gegen eine derartige Regulirung der vorwürfigen Frage.

Besonderheiten treffen sich dabei in *Tessin* und *Genf*, indem *Tessin* in Art. 74 §§ 1 und 2 den Satz aufstellt:

> § 1. La negativa (d. h. die Bestreitung) dev' essere speciale, altrimenti si presume vera la circostanza esposta dall' attore.
>
> § 2. Il giudice nella spedizione delle cause si attiene a questa presunzione, dalla quale non si diparte, se non quando le prove esistenti in processo direttamente vi si oppongono.

und *Genf* in Art. 78 Abs. 2 bestimmt:

> Le silence et toute réponse évasive *pourront* être pris pour un aveu des dits faits.

Beide Kantone scheinen hiebei von dem Gedanken auszugehen, dass eine strikte Vorschrift, gemäss welcher das Stillschweigen unbedingt als ein Geständnis betrachtet wird, leicht zu Härten führen können, die nicht zu billigen wären. In der Tat wird eine allzu formalistische Auffassung, namentlich in Verbindung mit einer zu rigorosen Durchführung des Verhandlungsprinzipes, dazu führen können, dass eine Partei ohne Verschulden um ihr gutes Recht kommen kann. Deshalb fügen denn vorsichtigerweise die Kantone *Zürich*, *Bern* und *Aargau* Entwurf bei, dass nicht ausdrücklich bestrittene Tatsachen dann nicht als zugestanden betrachtet werden dürfen, wenn sich aus den übrigen Erklärungen der Partei die Absicht, sie bestreiten zu wollen, ergebe, eine Bestimmung, die wir auch in der deutschen Reichscivilprozessordnung (in § 129 Abs. 2) treffen.

Ähnlich wie in *Tessin* ist diese Frage geregelt in *Wallis* (Art. 143), wo Tatsachen, welche auf zweideutige Art bestritten werden, so lange für wahr gehalten werden, als nicht die bestreitende Partei sie durch Gegenbeweis vernichtet. Überhaupt dürfen hier nicht bestrittene oder nicht gehörig bestrittene Tat-

sachen nur dann für wahr betrachtet werden, wenn die Gegenpartei formell interpellirt und ohne Erfolg aufgefordert worden ist, sich über die streitigen Tatsachen zu erklären.

Dass eine allgemeine Bestreitung, d. h. eine solche, die sich nicht auf ein bestimmtes Factum speciell bezieht, ohne Bedeutung sei, d. h. so viel als Stillschweigen gelte, wird ausdrücklich gesagt im *bundesgerichtlichen* Civilprozesse (Art. 100), in *Zürich* (§ 334), *Schaffhausen* (§ 196) und *Wallis* (Art. 142), gilt aber unbedingt in allen Kantonen, denn eine wahre Bestreitung muss sich der Natur der Sache nach immer auf eine bestimmte Tatsache beziehen.

Die Prozessordnung des Kantons *Waadt* stellt in Art. 164 folgende Bestimmung auf:

> Dans sa réponse, le défendeur doit se déterminer clairement sur chacun des faits articulés dans la demande.
>
> Si ces faits lui sont personnels, il doit répondre par une confession ou une négation.
>
> S'ils ne lui sont pas personnels, il peut dire qu'il les ignore. Cette ignorance équivaut à une négation.

Gleicherweise spricht sich *Wallis* in Art. 142 Abs. 2 aus (etwas energischer wird hier gesagt, der Beklagte müsse, wenn ihm die Tatsachen persönlich sind, „répondre catégoriquement par une négation ou un aveu absolu.")

Damit schiene die oben aufgestellte Zweiteilung der Tatsachen in bestrittene und anerkannte zu Falle gebracht zu sein, indem es eine dritte Kategorie von Tatsachen gäbe, nämlich solche, die weder bestritten noch anerkannt sind. Das ist aber nicht richtig, denn als bestritten müssen auch diejenigen Tatsachen bezeichnet werden, welche die Gegenpartei nicht anerkennt, so lange sie nicht bewiesen sind. Es liegt nämlich auch da ein Nichtanerkennen vor, wo eine Partei erklärt, sie könne die Tatsache nicht zugestehen, weil sie sich mangels eigener Kenntnis über dieselbe nicht aussprechen könne. Ganz richtig sagen deshalb die Kantone *Waadt* und *Wallis*: cette ignorance équivaut à une négation.

Durchaus zu billigen, weil logisch richtig, ist die Vorschrift, dass eine Erklärung mit Nichtwissen nur über solche Tatsachen zulässig sei, welche dem Erklärenden nicht persönlich, d. h. weder seine eigenen Handlungen noch auch Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung sind.

Die Kantone *Solothurn* (§ 90) und *Neuenburg* (Art. 186) bestimmen blos, dass eine Erklärung mit Nichtwissen die Wirkung einer Bestreitung habe. *Luzern* (§ 99) sagt, der Gegner, welcher behaupte, die vorgebrachte Tatsache nicht zu wissen, müsse dafür von der Gegenpartei Beweis verlangen, sonst gelte die Tatsache als eingestanden. Damit ist jedenfalls zu weit gegangen, da in der Erklärung des Nichtwissens, wie ausgeführt wurde, ein Nichtanerkennen liegt und sich die Behauptung der Gegenpartei deshalb stets eo ipso als beweisbedürftig darstellt. Ein Mangel muss sodann darin erblickt werden, dass diese drei Kantone die Erklärungen mit Nichtwissen nicht in bestimmte Grenzen einschränken, wie das in der vorher erwähnten Gruppe von Kantonen geschieht.

In den übrigen Kantonen muss eine Partei jede Tatsache, die sie nicht als anerkannt betrachtet wissen will, einfach bestreiten, sei es nun, indem sie dieselbe als nicht existirend bezeichnet oder sie, weil ihr unbekannt, nicht anerkennen zu können erklärt.

Der Kanton *Graubünden* kennt ein articulirtes Verfahren in dem prozesseinleitenden Schriftenwechsel (Art. 89) — wie auch die Kantone *Waadt, Neuenburg* und *Genf* — und nötigt dadurch die Parteien ebenfalls zu bestimmten Erklärungen gegenüber den wechselseitig aufgestellten Positionen; überdies wird der Präsident in der Instruktionsinstanz für die nötige Bestimmtheit der Parteivorträge zu wirken sehr geeignet sein. Das letztere ist auch zu bemerken mit Bezug auf den Kanton *Baselland.*

Freiburg überlässt die Sorge für gehörige Feststellung der bestrittenen Tatsachen ganz dem Richter, indem es in Art. 249 bestimmt:

> S'il y a désaccord sur les faits, les parties, avant d'aborder les moyens de droit s'expliquent: le juge les interpelle au besoin; cas échéant, il est procédé aux opérations de preuve . . .

Die prozessleitende Funktion, die der Richter überall auszuüben hat, scheint mir auch ohne weiteres die Befugnis des letztern in sich zu schliessen, zur Herstellung der Gewissheit darüber, welche Tatsachen unter den Parteien bestritten seien, das Nötige zu verfügen, wie es *Freiburg* und gleicherweise *Zürich* (§ 338), *Schaffhausen* Entwurf (§ 255), *Aargau* Entwurf (§ 183) und *Wallis* (Art. 145) ausdrücklich aussprechen. Ja, auch ein Fragerecht des Richters, das mit der Wirkung ausgestattet ist, dass bei Verweigerung oder völliger Unvollständigkeit der erhaltenen Antwort Geständnis der befragten Partei angenommen wird, kann wol nur als eine Konsequenz der richtigen Auffassung des Richteramtes und der prozessualen Stellung der Parteien betrachtet werden. Wenn daher eine derartige Regulirung sich nur in den Kantonen *Zürich* (§ 349), *Bern* (§ 158) und *Schaffhausen* (§ 217) vorfindet, so wird doch eine verständige Praxis auch in allen übrigen Kantonen den gleichen Weg mit demselben Erfolge einschlagen können.

Wenn endlich der Partei ausdrücklich die Befugnis eingeräumt wird, durch den Richter die Gegenpartei zu bestimmten Erklärungen anzuhalten, so wird damit ein ganz wirksames Mittel geschaffen, um den indifferenten Richter zur Erfüllung seiner Pflichten zu provoziren. Das geschieht in den Kantonen *Zürich* (§§ 338 und 349), *Solothurn* (§ 90), *Schaffhausen* (§ 217) und *Thurgau* (§ 138). (Diese Funktion der Parteienbefragung ist aber nicht zu verwechseln mit derjenigen des in der Beweismittellehre zu behandelnden, als Beweismittel fungirenden, Institutes der Parteienbefragung.)

* * *

Das vorliegende Kapitel zeigt uns eine grosse Manigfaltigkeit in der Gestaltung einzelner von einem und dem-

selben Prinzipe abgeleiteter prozessualer Rechtssätze, eine Manigfaltigkeit, die aber keine wesentlichen Unterscheidungen aufweist, so dass im Ganzen ein einheitliches und gleichmässiges Verfahren doch möglich ist, sobald nur der Richter seiner Aufgabe richtig bewusst ist und das leitende Prinzip nicht aus den Augen verliert. Die Vereinheitlichung dieses Civilprozessabschnittes würde also nicht den mindesten Schwierigkeiten begegnen. Eine einheitliche Civilprozessordnung würde aber gut daran tun, durch geeignete Vorschriften im Sinne der obigen Ausführungen den Richter davor zu bewahren, dass er sich in falscher Auffassung des Verhandlungsprinzipes zur stummen, tatlosen Person degradire. Die Befürchtungen, die so oft laut geworden sind darüber, dass bei der Durchführung des Verwirkungsprinzipes (resp. — nach der gewöhnlichen gesetzlichen Auffassung — der poena confessi) das materielle Recht in zahlreichen Fällen in die Gefahr komme, unterzugehen, können nur einer ungesunden Praxis entgegengehalten werden, denn an sich widerspricht ein Civilprozess, welcher nicht von jenem Prinzipe ausgeht, seinem eigenen Wesen als einem Kampf ums Recht.

Da nur bestrittene Tatsachen Beweisobjekt sein können, so macht das gerichtliche Geständnis jede Beweisführung über die zugestandene Tatsache überflüssig, wie z. B. die Kantone *Uri* (§ 45), *Schwyz* (§ 177), *Graubünden* (Art. 161) und *Aargau* Entwurf (§ 171), ausdrücklich sagen. Die richterliche Überzeugung kommt da, wo die Parteien über eine Tatsache einig sind, gar nicht in Frage; die Prüfung des Richters kann sich nur auf die Tatsache der Übereinstimmung der Parteien beziehen; daher ist es unrichtig, wenn man das gerichtliche Geständnis als Beweismittel betrachtet. Dieser Punkt soll nun im folgenden Paragraphen noch etwas näher beleuchtet werden, wo überhaupt das gerichtliche Geständnis ex professo erörtert werden soll.

§ 12.

a. Das gerichtliche Geständnis.

Die Lehre vom gerichtlichen Geständnisse gehört zu den schwierigsten Partien des Civilprozessrechtes. Es kann wol nicht behauptet werden, dass sich die Meinungen in diesem Kapitel heute bereits abgeklärt hätten.

Unbestritten ist der Satz, dass das gerichtliche Geständnis zu scheiden sei von dem Klag- resp. Anspruchs-Anerkenntnis, dass es sich im Unterschiede von dem letztern nur auf einzelne Tatsachen und nicht auf einen Anspruch in seiner Totalität beziehe. Das gilt auch in der Schweiz, denn überall, wo das gerichtliche Geständnis erwähnt wird, sprechen die Gesetze von dem Zugestehen von Tatsachen oder tatsächlichen Behauptungen. Anerkennt eine Partei den Anspruch der Gegenpartei, so verzichtet sie damit auf ein weiteres gerichtliches Prüfungs- und Urteilsverfahren, und ein Urteil (wenn überhaupt ein solches noch erlassen wird anstatt eines einfachen, den Prozess als erledigt abschreibenden Gerichtsbeschlusses) hat in solchem Falle nie decisorischen, sondern lediglich deklaratorischen Charakter.

Über das Wesen des gerichtlichen Geständnisses gibt es hauptsächlich zwei verschiedene Ansichten. Die eine von den ältern gemeinrechtlichen Prozessualisten vertretene geht dahin, dass das gerichtliche Geständnis stets ein zweiseitiges, formelle Prozesswahrheit resp. Gewissheit schaffendes, prozessuales Rechtsgeschäft sei, das durch Annahme von Seite der Gegenpartei perfekt werde, also nicht Beweismittel, sondern Beweissurrogat sei, weil der Richter jeder Nachprüfung enthoben werde; so *Langenbeck.*[59]) Nach der zweiten neuern

---

[59]) *Langenbeck*, Beweisführung, I. Bd., p. 116.

Ansicht, die namentlich von *Endemann*[60]) und *Wach*[61]) verteidigt wird, ist das gerichtliche Geständnis bald einseitiger, der Annahme durch die Gegenpartei nicht bedürftiger Dispositionsakt und als solcher für den Richter bindend, bald blosses Beweismittel und daher der richterlichen Prüfung unterworfen, je nachdem es nämlich der Ausfluss des Feststellungs- oder des blossen Bekenntniswillens ist. — Der praktische Unterschied zwischen diesen beiden Ansichten zeigt sich deutlich, sobald es sich um die Vernichtung der Folgen des gerichtlichen Geständnisses handelt. Ist nämlich das letztere immer nur Feststellungsakt, so kann, weil dadurch formale Wahrheit erzeugt wird, ein Gegenbeweis nicht zulässig sein, vielmehr wird zum Zwecke seiner Zerstörung nur der Nachweis des Mangels an disponirendem Willen möglich sein. Kann es aber auch Beweismittel sein, sofern die gestehende Partei eine Tatsache nur deshalb einräumt, weil sie dieselbe für wahr hält und nicht, weil sie damit ein- für allemal die Tatsache als existent behandelt wissen will, so muss ein Gegenbeweis, der die Unwahrheit der zugestandenen Tatsache dartun soll, zulässig sein.

Die Unterscheidung zwischen der Feststellungs- und der Bekenntnisnatur des gerichtlichen Geständnisses ist aber m. E. unhaltbar, weil sie an der Unmöglichkeit der praktischen Durchführung scheitert. Wie sollte es denn dem Richter möglich sein, im einzelnen Falle zu erkennen, ob der Gestehende blos bekennen oder ob er feststellen wolle? Es gibt schlechterdings kein Kriterium, an Hand dessen der Richter sicher unterscheiden könnte, denn der durchaus innerliche Vorgang, welcher dem Geständnisse in der Person des Gestehenden zu Grunde liegt, entzieht sich jeder Kontrolle. Oft genug wäre der Gestehende gewiss selbst nicht im Stande, anzugeben, ob er nur bekennen oder ob er in rechtsgeschäftlicher Weise habe fest-

60) *Endemann*, Beweislehre, § 33.

61) *Wach*, Das Geständnis. Archiv f. d. civ. Pr., Bd. 64, 216 ff. u. 246 ff.

stellen wollen. Eine sichere, zuverlässige Prozessführung ist vielmehr nur denkbar unter der Voraussetzung, dass der Richter alle Tatsachen, über welche unter den Parteien kein Streit herrscht, als feststehend annimmt, und will man auch im Civilprozesse mit den reellen Verhältnissen des Lebens rechnen, so muss man gewiss zugeben, dass jeder Gestehende das Geständnis mit dem Bewusstsein ablegt, dass damit die richterliche Prüfung über die Existenz der zugestandenen Tatsache überflüssig wird.

Jedes Geständnis hat also die Natur eines prozessualen Feststellungsaktes, der über die Existenz der zugestandenen Tatsachen im konkreten Falle endgültig Gewissheit für den Richter schafft. Wo aber Gewissheit vorhanden ist, da hat die richterliche Überzeugung nicht zu funktioniren.[62]) Das gerichtliche Geständnis kann deshalb nicht als Beweismittel bezeichnet werden. Eine Annahme durch die Gegenpartei ist nach dieser Theorie durchaus überflüssig, da der Gestehende durch das Geständnis erklärt, dass er von seinem Rechte zur Abwehr mit Bezug auf die eingestandene Tatsache keinen Gebrauch machen wolle, und damit die Behauptung des Gegners als richtig anerkennt, so dass für den Richter schon auf das blosse Geständnis hin Gewissheit existirt. Insofern ist daher auch die Theorie *Langenbecks* nicht zu billigen.

Die Gesetzgebung weist nun nicht gerade ein erfreuliches Bild auf. Wenige Prozessgesetze enthalten klare, bestimmte und die Sache erschöpfende Bestimmungen über das gerichtliche Geständnis.

In der Schweiz finden sich ohne jede gesetzliche Regelung die Kantone *Nidwalden* und *Appenzell I.-Rh.*, d. h. die beiden Kantone, welche keine einheitliche Civilprozessgesetzgebung besitzen, sowie *Appenzell A.-Rh.*, dessen Prozessordnung mit 123 Paragraphen natürlich nur eine rudimentäre sein kann.

Den Gegensatz hiezu bilden die Kantone der *französischen*

---

[62]) So im Resultat auch *Renaud*, Lehrbuch, § 104, *Wetzell*, System, § 19, p. 172, und schon *Gönner*, Handbuch, II. Bd., XLIII, §§ 1 ff.

Schweiz, sowie *Tessin,* welche den Art. 1356 des code civil français adoptirt haben. Hier ist das gerichtliche Geständnis sowol nach seinen Voraussetzungen als auch nach seinen Wirkungen vollständig geregelt:

> L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.
>
> Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait.
>
> Il ne peut être divisé contre lui.
>
> Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

Diese Sätze enthalten die Civilgesetzbücher von *Waadt* (Art. 1008), *Wallis* (Art. 1229 ff.), *Neuenburg* (Art. 1105) und *Genf* (Art. 1356), sowie die Prozessordnung des Kantons *Tessin* (Art. 174—178). Das Civilgesetzbuch des Kantons *Freiburg* behandelt in den Art. 2179—2189 die Sache mit grosser Ausführlichkeit namentlich mit Bezug auf das qualifizirte Geständnis. In diesen Kantonen erscheint das gerichtliche Geständnis unter den Beweismitteln: es macht vollen Beweis und der Richter **muss** deshalb die zugestandene Tatsache für wahr halten; die Überzeugung des Richters kann sich nicht in freier Weise bilden, da das Gesetz an jedes Geständnis die notwendige Folge knüpft, dass die zugestandene Tatsache für erwiesen zu erachten sei. Nach den frühern Ausführungen müsste schon aus diesem Grunde die Beweismittelqualität des Geständnisses trotz der entgegenstehenden gesetzlichen Nomenclatur bestritten werden, allein das könnte hier deshalb nicht von durchschlagender Bedeutung sein, weil das Beweisrecht der genannten Kantone in vielen Punkten auf dem Boden der sogenannten gesetzlichen Beweistheorie steht, nach welcher die Überzeugung des Richters auch sonst eine freie nicht ist, sondern durch das Gesetz von vornherein auf eine bestimmte Richtung hin gewiesen und gebunden wird. Allein gerade der Umstand, dass speziell auch das Geständnis als formales, den Richter bindendes Beweismittel behandelt wird, zeigt uns, dass dem Gesetzgeber

der Gedanke vorgeschwebt hat, dass durch das gerichtliche Geständnis die richterliche Prüfung mit Bezug auf die eingestandene Tatsache überflüssig werde. Der Grund jener Behandlung des Geständnisses liegt auch hier in der Dispositionsnatur desselben, und der richtige Gedanke ist nur in eine falsche Form gekleidet worden.

In gleicher Weise wie die welschen Kantone behandeln auch folgende Kantone das gerichtliche Geständnis als Beweismittel:

Glarus in § 164 a:

> Wenn eine Partei eine Tatsache, welche die andere angebracht hat, ausdrücklich eingesteht, so ist ein solches Geständnis als Beweis anzusehen.

Aargau in § 125:

> Wenn eine Partei in ihren Vorträgen eine vom Gegner behauptete Tatsache ausdrücklich oder stillschweigend eingesteht, so ist diese Tatsache als bewiesen anzunehmen.

Ebenso in dem *schwyzerischen* Entwurfe § 150:

> Das gerichtliche Geständnis hat volle Beweiskraft.

Der *aargauische* Entwurf, welcher in § 171 bestimmt:

> Die von einer Partei behaupteten Tatsachen, welche der Gegner im Laufe des Prozesses . . . als richtig zugestanden hat, . . . bedürfen keines Beweises.

und dann in § 181 doch erklärt:

> Das in den Rechtsschriften oder in der mündlichen Verhandlung von einer Partei abgelegte gerichtliche Geständnis bildet vollen Beweis für die zugestandene Tatsache.

ist geeignet, einiges Licht über den Grund, weshalb das gerichtliche Geständnis als Beweismittel behandelt worden ist, zu werfen: Man hat offenbar lediglich die Wirkung des Geständnisses ins Auge gefasst und sich gesagt, weil das Geständnis das gleiche Resultat zu Tage fördert wie eine gelungene

Beweisführung mit den gewöhnlichen Beweismitteln; weil es die Tatsache ebenso wie jene ausser Zweifel setzt, so ist es auch ein Beweismittel.[63]) Von dieser Anschauung ausgehend, hat man dann allerdings mit Recht das gerichtliche Geständnis geradezu als die liquidissima probatio bezeichnet,[64]) während es sich richtigerweise nur um eine relevatio probationis handeln kann.

Diese unrichtige, auf einem Fehlschluss beruhende Auffassung findet sich übrigens auch in der österreichischen allgemeinen Gerichtsordnung von 1781 vertreten (§ 107) und scheint im vorigen Jahrhundert überhaupt die herrschende gewesen zu sein.

Die Mehrzahl der schweizerischen Kantone enthält dagegen die richtige Normirung der Geständnislehre. Alle jene Kantone, welche als Beweisobjekt eine bestrittene Tatsache fordern (vide oben p. 82), erklären damit, dass das Geständnis, das ja die behauptete Tatsache zur unbestrittenen macht, die Beweisführung überflüssig mache, weil das, was nicht bestritten ist, vom Richter als feststehend zu betrachten sei. In prägnanter Weise drückt dies *St. Gallen* in Art. 132 aus:

> So weit eine von der einen Partei behauptete Tatsache von der Gegenpartei zugestanden ist, hat der Richter sie als rechtlich gewiss anzusehen.

und *Baselstadt* sagt, gleichwie die zu Ende des vorigen Paragraphen angeführten Kantone *Uri, Schwyz, Graubünden* und *Aargau* Entwurf, in § 94:

> Tatsachen, welche von der Gegenpartei zugestanden werden, bedürfen keines Beweises.

Auf dem gleichen Standpunkt steht übrigens auch die deutsche Reichscivilprozessordnung (§ 261).

---

[63]) Die angeführte Argumentation führte schon *Bethmann-Hollweg*, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Civilprozesses, Berlin 1827, p. 258 ff., dazu, das gerichtliche Geständnis als „förmlichen Beweisgrund" zu bezeichnen.

[64]) Vgl. *Endemann*, Beweislehre, p. 135, Note 22.

Da das gerichtliche Geständnis der richtigen Auffassung nach Dispositionsakt ist, so folgt daraus, dass seine Folgen unwirksam nur gemacht werden können, wenn der Gestehende den Nachweis eines Mangels in dem animus disponendi erbringt. Dieser Nachweis wird nun in der Regel nur in der Weise zu leisten sein, dass ein Irrtum über die Existenz der zugestandenen Tatsache als die Unterlage des abgelegten Geständnisses nachgewiesen wird; dass hiebei der Nachweis der Nichtexistenz der Tatsache die besten Dienste leistet, ist klar, einen solchen Nachweis aber geradezu zur condicio sine qua non der Revocabilität des Geständnisses zu machen, scheint mir zu viel verlangt.[65]) Das tut aber der *aargauische* Entwurf (§ 182) in Adoptirung der gleichlautenden Bestimmund des § 263 der deutschen Reichscivilprozessordnung. Damit wird de facto eine Gegenbeweisführung eingeführt, während doch eine solche nicht denkbar ist, wo es keinen Hauptbeweis gibt. Da nämlich durch das Geständnis jeder Beweis überflüssig gemacht wurde, so fand über die eingestandene Tatsache selbstredend auch keine Hauptbeweisführung statt. Warum soll nun der Gestehende deshalb, weil er aus Irrtum ein unrichtiges Geständnis abgelegt hat, auf einmal die Beweislast mit Bezug auf die sonst von der Gegenpartei zu beweisende Tatsache übernehmen? Das muss er aber, wenn er die Nichtexistenz derselben zu dem Nachweise seines Irrtums hinzu beweisen soll. Darin liegt nun allerdings eine wahre poena confessi!

Richtiger erscheint demnach die französische Bestimmung: L'aveu judiciaire ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait, wie die welschen Kantone sagen, oder wie *Graubünden* in Art. 161 sich ausdrückt: „Vor Gericht gemachtes Zugeständnis kann nur auf Grund eines erwiesenen Irrtums zurückgezogen werden."

---

[65]) *Wach*, Geständnis, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 64, p. 252, führt aus, von dem Unterschiede des Feststellungs- und des Bekenntnisgeständnisses ausgehend, dass gegen das erstere Anfechtung, gegen das letztere Widerlegung erforderlich sei.

Unter der gleichen Bedingung wird auch in den übrigen Kantonen, die es an einer Regelung bezüglich der Revocabilität fehlen lassen, ein Geständnis widerrufen werden können, da dies in der Natur der Sache liegt. Freilich ist mir zweifelhaft, ob nicht in jenen Kantonen, welche (die welschen Kantone nicht gerechnet) das gerichtliche Geständnis als Beweismittel auffassen, ein Gegenbeweis zur Entkräftung des Geständnisses gefordert wird, wie dies für das gemeine Recht z. B. *Bethmann-Hollweg* tut.[66]) Wo gegen einen einmal geleisteten vollen Beweis ein Gegenbeweis nicht zulässig ist, wie z. B. in *Glarus* (§ 160) und *St. Gallen* (§ 138), da wird dies allerdings nicht möglich sein; in den übrigen Kantonen wird es aber eben auf die Praxis der Gerichte ankommen. Da wird es sich dann zeigen, ob die Beweismittelqualität so sehr eingewurzelt ist, dass der richtige Gedanke der Dispositionsnatur des Geständnisses ganz erstickt ist oder nicht; dies offenbart sich, je nachdem die Gerichte den Gegenbeweis fordern oder Revocation wegen faktischen Irrtums zulassen.

Schliesslich bleibt uns noch die Erörterung der unglückseligen Lehre vom qualifizirten Geständnis übrig. Die Begriffe Teilbarkeit und Unteilbarkeit des gerichtlichen Geständnisses, die in allen ältern Civilprozesslehrbüchern ihren Spuk getrieben haben, erscheinen natürlich auch in den ältern Civilprozessgesetzen, den Spiegelbildern der jeweiligen Prozessrechtswissenschaft. Vorab ist es die französische Gesetzgebung, welche in tonangebender Weise das Dogma von der Untrennbarkeit des gerichtlichen Geständnisses aufgestellt hat. L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait.

Das ist nun auch geltendes Recht in der *romanischen* Schweiz. In positiver Form stellt die Unteilbarkeit auf der Kanton *Tessin,* welcher in Art. 177 seiner Civilprozessordnung bestimmt:

[66]) Versuche, p. 311.

> Chi fonda la sua prova unicamente nella confessione della parte avversaria deve accettarla per vera nel totale suo complesso. Egli non può far valere le circostanze che gli sono favorevoli, e rigettare le contrarie.

Die Tragweite dieses Satzes geht am besten hervor aus der Formulirung, die ihm *Freiburg* in Art. 2185 des Civilgesetzbuches gibt. Hier heist es:

> Das Eingeständnis kann wider denjenigen, welcher dasselbe getan hat, nicht getrennt werden; man muss entweder dasselbe gänzlich annehmen, oder das, was nicht eingestanden worden ist, gesetzmässig beweisen, oder die dem Geständnisse beigefügten Beschränkungen und Angaben, welche auf die Vollendung der Tatsachen, auf den Gegenstand des Vertrages Bezug haben, zernichten.

Danach kann eine Erklärung, in welcher eine Partei eine Tatsache, welche die Gegenpartei behauptet hat, zugibt, zugleich aber darin neue Behauptungen, welche mit jener Tatsache in Verbindung stehen, aufstellt, nur als Ganzes vom Gegner angenommen und benutzt werden; d. h. die limitirenden Behauptungen des Gestehenden gelten so lange ebenfalls als wahr, als die Gegenpartei, welche das Geständnis acceptirt hat, nicht das Gegenteil beweist. Die Beweislast verschiebt sich also mit Bezug auf die dem Geständnis gemachten Zusätze, je nachdem die Gegenpartei das Geständnis acceptirt oder nicht. Diesem Satze, sagt *Bayer,*[67]) verdankt eigentlich die ganze Lehre ihre Berühmtheit.

Der Grund aber, weshalb das qualifizirte Geständnis unteilbar sein und eine solche Regulirung der Beweislast stattfinden soll, liegt in folgender Betrachtung, welche z. B. die Motive zum bairischen Prozessentwurf von 1861[68]) anstellen: „Beim Geständnisse mit beschränkenden Zusätzen will der Be-

[67]) *Bayer*, Vorträge, 7. Aufl., p. 414.

[68]) Angeführt in den Motiven zu dem 1878er Entwurfe der bernischen Civilprozessordnung, Bern 1878, p. 159 und 160.

kennende offenbar eine Verpflichtung nur insofern zugestehen, als sie sich aus dem G a n z e n seiner Erzählung ergibt. Wer aber zur Begründung seiner Ansprüche sich nur auf die tatsächlichen Angaben seines Gegners stützen kann, hat kein Recht, diese in ihrem Zusammenhange zu spalten, der Bekennende kann vielmehr mit Fug verlangen, dass man ihm in Allem, was zum Gegenstande des Geständnisses gehört, glaube, und ihn nicht zur Unwahrheit nötige, indem man die Offenheit zur Falle werden lässt. Nur dies entspricht dem Gebote der Sittlichkeit."

Hierin liegt allerdings ein guter Kern, insofern nämlich damit die Forderung ausgesprochen ist, dass man ein einzelnes Glied aus einer zusammengehörenden Kette von Erklärungen nicht sinnlos herausreissen solle. Die Unteilbarkeit hat sicherlich einen guten Sinn, wenn sie so verstanden wird, dass die Erklärung des Konfitenten in ihrem Zusammenhange in demjenigen Sinne aufzunehmen ist, welcher sich aus dem ganzen Inhalte derselben ergibt; sie wird aber zur Karikatur, sobald man sie als stereotypen Regulator für die Beweislast verwenden will. So wird schliesslich jedes Geständnis wertlos, da danach alles, was der Konfitent mit demselben verbindet, ebenfalls als wahr angenommen werden muss, der Konfitent also durch beliebige Zusätze sein Geständnis unwirksam zu machen in der Lage ist.

Mit Recht hat denn auch die neuere Gesetzgebung das Prinzip der unbedingten Unteilbarkeit verworfen. Während *Tessin*, *Wallis, Neuenburg* und *Genf* noch ganz auf dem alten Standpunkte stehen, nähert sich *Freiburg* schon einer wenigstens einigermassen bessern Regelung, indem es in Art. 2186 bestimmt:

> Hat aber die Partei, welche eine Tatsache behauptet, ausser dem Geständnisse der Gegenpartei, einen Titel, oder irgend ein anderes Mittel, um diese Tatsache zu beweisen, so können die von dieser Gegenpartei ihrem Geständnisse angehängten Beschränkungen und Angaben

> der behaupteten und bewiesenen Tatsache nur insoweit Abbruch tun, als diese Beschränkungen und Angaben ihrerseits gesetzmässig bewiesen sein müssen.

Damit wird doch wenigstens dem Konfitenten der Beweis für diejenigen seiner Erklärungen auferlegt, welche im Widerspruche zu den vom Gegner bewiesenen Tatsachen stehen. Noch mehr nähern sich die Bestimmungen des Art. 2187 des *freiburger* Civilgesetzbuches der richtigen Auffassung von dem Wesen des qualifizirten Geständnisses, indem hier dem Konfitenten ausdrücklich der Beweis für diejenigen Tatsachen auferlegt wird, welche nach Abschluss des im Prozesse streitigen Geschäftes entstanden sind, und ferner für diejenigen Einwendungen oder Einreden, welche die Auflösung oder die Erlöschung der eingegangenen Verbindlichkeiten behaupten; so wird speziell demjenigen, der bekennt, eine Sache auf Borg gekauft zu haben, der Beweis für die Tatsache später erfolgter Bezahlung oder Abrechnung aufgelegt, ebenso dem Darlehensschuldner, der den Empfang des Darlehens bekennt, der Beweis für die behauptete Rückzahlung oder Abrechnung, und demjenigen, der ein Versprechen eingegangen zu sein anerkennt, wird der Beweis für die Einrede des error oder des dolus oder der Vertragsunfähigkeit im Momente des Vertragsschlusses überbunden.

Damit wird nun bereits die Untrennbarkeit des Geständnisses für diejenigen Fälle, wo der Konfitent eine selbständige, die rechtlichen Folgen der zugestandenen Tatsache vernichtende oder modifizirende Tatsache seinem Geständnisse beifügt, aufgegeben. Auf diesem Standpunkte steht auch der Kanton *Aargau* in § 129:

> Beschränkungen und Zusätze, welche eine Partei ihrem Geständnisse beifügt, dürfen von demselben nicht getrennt werden, ausser wenn sie die Bedeutung einer Einrede (Schutzbehauptung) haben.

Ebenso der *aargauische* Entwurf (§ 187) und die Kantone *Bern* (§ 160) und *Thurgau* (§ 152).

Wenn der Kanton *Waadt* in Art. 164 Abs. 3 seiner Civilprozessordnung bestimmt:

> Néanmoins, le défendeur peut, en confessant la vérité d'un fait, accompagner cette confession de circonstances qui tendent à détruire ou modifier les conséquences que le demandeur a tirées de ce fait.
>
> Cette déclaration est indivisible.

so steht er ohne Zweifel auf dem nämlichen Standpunkte, indem er gleichwie er Kanton *Glarus* (164 a: . . . Ist das Geständnis aber mit Beschränkungen oder Zusätzen verbunden, so kann es von der Gegenpartei nur nach Massgabe der letztern geltend gemacht werden.) und der *schaffhauser* Entwurf (§ 255 Abs. 3: . . . Hat eine Partei der Anerkennung einer Tatsache Beschränkungen und Zusätze beigefügt, so gilt die Anerkennung nur mit der dadurch bedingten Modifikation.) die Untrennbarkeit nur in dem richtigen Sinne aufstellen will, dass die Erklärung des Konfitenten in ihrem Zusammenhange aufgenommen und interpretirt werden solle, so dass die Beweislast sich auch hier nach den allgemeinen Sätzen des Civilrechtes regelt, wie da, wo der Satz *excipiendo reus fit actor* unbeschränkt gilt.

Die ganze Theorie über das qualifizirte Geständnis ist übrigens ein Überbleibsel der mittelalterlichen scholastischen Prozessrechtswissenschaft, und das qualifizirte Geständnis bildet schon für sich allein den Beweis für die Eingangs gemachte Bemerkung, dass der Civilprozess ein künstliches juristisches Gebilde und nicht aus dem Herzen des Volkes quellendes Recht ist. Denn, was kann es gekünstelteres geben, als einen Satz, der ein einfaches Tatsachengeständnis mit einer das Anspruchsrecht der Gegenpartei bestreitenden Erklärung in so konfuser Weise zusammenwürfelt, wie das Dogma der Untrennbarkeit des qualifizirten Geständnisses es tut. Schon *Gönner*[69]) hat darauf hingewiesen, dass das Geständnis als solches immer nur e i n e, folglich an sich u n t e i l b a r e Handlung sei und dass

[69]) *Gönner*, Handbuch, Bd. II, XLIII, § 16 ff., p. 389 ff.

es bei der Beurteilung einer Parteierklärung, welche gewisse von der Gegenpartei behauptete Tatsachen als wahr hinstelle, immer darauf ankomme, zu unterscheiden, ob damit das Anspruchsrecht der Gegenpartei eo ipso zugegeben sei oder ob diesem letztern blos eine exceptio entgegengehalten werde, und *Wetzell* behauptet mit Recht, dass das, was man gewöhnlich mit confessio qualificata bezeichne, besser mit dem Namen „indirektes Leugnen" charakterisirt werde,[70]) denn in der Tat handelt es sich beim qualifizirten Geständnis stets um eine das Anspruchsrecht bestreitende Parteierklärung, die zwar einzelne von der Gegenpartei behauptete Tatsachen als wahr zugibt. Ob nun die Beweislast für die in einer solchen Erklärung angeführten tatsächlichen Behauptungen den Konfitenten oder die Gegenpartei treffe, muss vernünftigerweise nach der Natur des einzelnen Falles gemäss den allgemeinen Regeln über die Beweislast entschieden werden. Immer „liegt entweder eine teilweise Einräumung und eine teilweise einfache oder motivirte Negation des tatsächlichen Fundamentes des gegnerischen Antrags vor, oder es enthält der dem Geständnisse gemachte Zusatz eine neue selbständige Behauptung, die sich je nach der Sachlage als Einrede, Replik oder Duplik qualifizirt."[71]) Das hat man in der Prozessrechtswissenschaft übrigens schon längst anerkannt und *Endemann* ruft mit Recht aus: „Alle bisherigen Darstellungen konnten nichts Anderes lehren, als dass in der Auffassung des qualifizirten Geständnisses nach gesundem Menschenverstand und konkreter Einsicht zu verfahren sei."[72])

Hievon geht z. B. der deutsche Reichscivilprozess aus, der in § 262 sagt, dass die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses dadurch nicht beeinträchtigt werde, dass demselben eine Behauptung hinzugefügt werde, welche ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthalte; dass sodann stets die Beschaffenheit des einzelnen Falles darüber ent-

---

[70]) *Wetzell*, System, § 19, p. 174.

[71]) *Renaud*, Lehrbuch, § 104 am Ende.

[72]) *Endemann*, Beweislehre, p. 163.

scheide, inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständnis anzusehen sei. Über die Beweislast wird hier mit Recht gar nichts bestimmt.[73])

Das gleiche Bestreben, sich von den scholastischen Fesseln des Dogmas von der Untrennbarkeit frei zu machen und die Sache auf eine vernünftige Grundlage zu stellen, bekundet *Baselstadt* in § 94:

> Tatsachen, welche von der Gegenpartei zugestanden werden, bedürfen keines Beweises. Ist jedoch das Geständnis unter Vorbehalten und mit beigefügten Beschränkungen abgelegt, so hat das Gericht darauf zu sehen, ob diese Bestandteile der Erklärung in so notwendigem Zusammenhange mit einander stehen, dass sie nicht getrennt werden dürfen, und in ihrer Gesamtheit einer Bestreitung gleich kommen, in welchem Fall die Beweispflicht der Gegenpartei stehen bleibt. Namentlich liegt kein Zugeständnis vor, wenn der Abschluss eines gegnerischerseits behaupteten Vertrags nur unter einer nicht zur Erfüllung gelangten aufschiebenden Bedingung anerkannt wird.

In ähnlicher Weise sucht der *bundesgerichtliche* Civilprozess in Art. 101 durch folgende Bestimmung Klarheit zu bringen:

> Wenn der Kläger zwar eine Einrede des Beklagten als richtig zugesteht, allein die Wirkung derselben durch eine Replik zu entkräften sucht, so hat der Beklagte sich über die der Replik zu Grunde liegenden Tatsachen auf gleiche Weise auszusprechen, wie der Kläger über die Einrede des Beklagten.
>
> Das von Einreden, Repliken u. s. f. Gesagte gilt beziehungsweise auch von Quadrupliken u. s. f.

---

[73]) Schon die badische Civilprozessordnung von 1831 hatte die Unteilbarkeit aufgehoben. (§ 401.)

Am besten fahren gewiss die Kantone *Zürich, Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Zug, Solothurn, Baselland, Schaffhausen, St. Gallen* und *Graubünden,* welche den Begriff des qualifizirten Geständnisses ganz ignoriren; denn hier wird der Richter nie in Versuchung kommen, vom richtigen Wege in der Beurteilung der gegenseitigen Parteivorbringen abzukommen. Er wird sich einfach fragen, was ist unter den Parteien streitig und worüber sind diese einig, und darauf mit Bezug auf die streitigen Tatsachen nach den Vorschriften des materiellen Civilrechtes die Beweislast auf die in concreto beweispflichtigen Parteien verteilen.

§ 13.

b. Die Notorietät.

Da die Bestrittenheit der Tatsachen zu den unerlässlichen Requisiten ihrer Qualität als Beweisobjekt gehört, so können solche Tatsachen, welche unbestreitbar sind, nicht Gegenstand des Beweises sein. Letztere nennt man nun notorische oder offenkundige Tatsachen; über den Inhalt und den Umfang des Begriffes der Notorietät oder Offenkundigkeit herrschen aber die divergentesten Auffassungen. Während das kanonische Recht die Notorietät negativ als diejenige evidentia rei definirt, quæ nulla possit tergiversatione celari (Innocenz III. in c. 24. X. de verb. signif. 5,40), gieng die lange Zeit herrschende gemeinrechtliche Auffassung dahin, dass Notorietät ein Dreifaches sei:

1. Menschenkundigkeit, d. h. die Kunde solcher Dinge, von denen jeder vernünftige Mensch durch die tägliche Erfahrung, den gewöhnlichen Lauf der Dinge, sich belehren lassen kann und soll;

2. Volkskundigkeit, d. h. die Kenntnis solcher Dinge, die jedem Einwohner im Staate bekannt sind, wenigstens bei

Anwendung geziemender Aufmerksamkeit bekannt sein können und müssen; und

3. Ortskundigkeit, d. h. die Kunde derjenigen Dinge, die sich in einem Dorfe, einer Stadt oder einer Gemeinde anderer Art so öffentlich zutragen, dass jeder Einwohner oder sich daselbst temporär Aufhaltende davon weiss, wenigstens ohne Mühe davon wissen kann, und zwar meistens um so leichter, je kleiner der Kreis ist, in dem sich etwas begeben hat.[74])

Tatsachen, welche unter eine dieser drei Kategorien fallen, können in der Tat nicht Gegenstand eines Beweises sein, denn ihre Existenz steht ja für den Richter bereits fest, sie ist unbestreitbar.

Nach dieser Definition gehört die sogenannte Gerichtskundigkeit, d. h. die Kenntnis dessen, was dem Gerichte bereits amtlich bekannt ist, nicht zu dem Begriffe der Notorietät. Dem gegenüber haben aber *Wetzell*[75]) und *Endemann*[76]) mit Recht auch das in den Bereich der notorischen Tatsachen gezogen, was der Richter in seiner amtlichen Stellung als existent erfahren hat und kraft dieser seiner amtlichen Stellung wissen soll. Denn auch solche Tatsachen sind für das Gericht offenkundig und deshalb unbestreitbar, und es ist nicht einzusehen, weshalb der Richter eine Tatsache, die sich in den Annalen seiner amtlichen Tätigkeit offiziell als geschehen verzeichnet findet, als beweisbedürftig hinstellen soll; er würde damit lediglich zur Verschleppung des Prozessganges beitragen. *Wetzell* und *Endemann* gehen allerdings in diesem Punkte insofern zu weit, als der erstere auch alle tatsächlichen Zustände, welche der Richter unmittelbar mit seinen Sinnen wahrzunehmen im Stande ist, namentlich auch Willensakte, die sich in schriftlicher Form verkörpert haben, als Notoria

[74]) So bei *Langenbeck*, Beweisführung, I. Bd., p. 161 und 162.

[75]) *Wetzell*, System, § 20, p. 185 f.

[76]) *Endemann*, Beweislehre, p. 79, f.

bezeichnet und letzterer auch die zufällige private Kenntnis des Richters als relevatio probationis wirken lassen will. Die Auffassung *Wetzells* ist denn auch meines Wissens von keiner Seite acceptirt worden; eine Entscheidung der Juristenfakultät zu Halle (vom Mai 1858)[77]) bezeichnet sie geradezu als eine „unmässige Ausdehnung des Begriffes der Notorietät". Sie vermengt die bereits vorhandene Kunde mit dem, was der Richter entweder in Ausübung des officium iudicis zur Aufklärung über ungewisse resp. unklare tatsächliche Streitpunkte zu tun oder sich von den Parteien zur Feststellung bestrittener Tatsachen nachweisen zu lassen hat. Und *Endemanns* Theorie, die übrigens auch von *Heusler,*[78]) wenigstens dem Resultate nach, verfochten wird, scheitert an der jede zuverlässige Prozessführung im höchsten Grade gefährdenden Unkontrollirbarkeit des auf solcher Grundlage gefundenen Urteils.

So erscheint die Definition, welche *Wach,*[79]) allerdings in Anlehnung an die positive Gesetzesbestimmung der deutschen Reichscivilprozessordnung (§ 264: Tatsachen, welche bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.), gibt, als die richtige, dahin gehend: „Offenkundig ist Alles, was der Richter kraft seines Amtes in seiner Eigenschaft als Volksgenosse, als Bürger des Ortes, als Gerichtsperson, als Richter in diesem Prozesse wissen soll."[80]) All' das lässt sich aber unter das Kriterium der Unbestreitbarkeit subsumiren, und dieses ist für den Begriff der Notorietät sowol bezüglich dessen Inhalts als auch dessen Umfangs von einzig durchschlagender Bedeutung.

---

[77]) Seuff. Arch. XIII, No. 286.

[78]) Archiv f. d. civ. Pr., Bd. 62, p. 237 ff.

[79]) *Wach*, Vorträge, p. 156, und Vorlesungen über den deutschen Reichscivilprozess, Kollegienheft v. S.-S. 1885, § 66.

[80]) In dieser Weise verstand die Notorietät z. B. die bairische Prozessordnung von 1869, in § 320: „Tatsachen, welche gemein-, gerichts- oder ortskundig sind, bedürfen keines Beweises."

Das Merkmal der Unbestreitbarkeit der Tatsachen ist in der Tat ein so einfaches, dass es ganz begreiflich erscheint, wenn viele Gesetzgebungen es gar nicht für nötig finden, an dessen Stelle den (weniger luciden) Begriff der Notorietät zu setzen.

Den Beweis für diese Behauptung liefert nun gerade die schweizerische Civilprozessgesetzgebung am treffendsten; denn der technische Begriff der Notorietät findet sich hier bloss in fünf Kantonen vor: *Luzern* (§ 110), *Obwalden* (Art. 62) und *Zug* (§ 66) bestimmen übereinstimmend, dass jede Partei diejenigen tatsächlichen Behauptungen zu beweisen habe, für welche nicht „eine gesetzlich aufgestellte Vermutung oder die Offenkundigkeit (Notorietät)“ spreche, ebenso der *schwyzerische* Entwurf (in § 147) und derjenige des Kantons *Aargau* (§ 171). *Graubünden* sagt in Art. 160 Abs. 2: Gerichts- oder gemeinkundige (notorische) Tatsachen bedürfen keines Beweises, und *Neuenburg* bestimmt in Art. 204:

> Les faits notoires, tels que les événements historiques, ou qui ont eu un grand retentissement, n'ont pas besoin de preuves.
>
> Dans le jugement qui ordonne la preuve, le Président désigne les faits qu'il tient pour notoires.

Aus diesen Daten ergibt sich zugleich, dass der Begriff der Offenkundigkeit nur in zwei Kantonen wenigstens annähernd umgrenzt wird. Während *Graubünden* die Gerichtskundigkeit ausdrücklich als zur Notorietät gehörend bezeichnet, scheint diese in *Neuenburg* gerade ausgeschlossen zu sein; doch ist zu beachten, dass der Art. 204 nur exemplifizirt. Die übrigen drei Kantone sowie der *schwyzer* und *aargauer* Entwurf beschränken sich darauf, dem Richter den Satz *notoria non egent probatione* in Erinnerung zu bringen, und überlassen es der Praxis, sich den Begriff der Notorietät nach Inhalt und Umfang zu fixiren, wie dies auch in Deutschland und in Österreich (§ 35 des Gesetzes über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen [Bagatellverfahren] vom 27 April 1873) geschieht.

Drittes Kapitel.
Arten des Beweises.

§ 14.

Die Einteilung des Beweises in einzelne Beweisarten erfolgt nach verschiedenen Gesichtspunkten. Der Einteilungsgrund liegt bald in der Verschiedenheit der beweisführenden Subjekte, bald in der Verschiedenheit der Beweisobjekte, bald in der Verschiedenheit der Beweiswirkung und bald in der Verschiedenheit der Beweistätigkeit und je nachdem unterscheidet man Haupt- und Gegenbeweis, direkten (natürlichen) und indirekten (künstlichen) Beweis, vollständigen und unvollständigen Beweis, vollkommenen Beweis und Bescheinigung, und liquiden und illiquiden Beweis.

1. Wie sich die Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Beweis in der Schweiz gestaltet, ist in § 10 bereits ausgeführt worden und es braucht hier nicht weiter darauf eingegangen zu werden.

2. Was die Einteilung in vollständigen und unvollständigen Beweis (plena und minus resp. semiplena probatio) betrifft, so kommt dieselbe auch in der Schweiz in verschiedenen Kantonen als Erbstück des gemeinrechtlichen Scholasticismus vor, wenn sie auch allerdings als im Absterben befindlich bezeichnet werden muss. Die Begriffe voller und halber Beweis sind jedoch aufs engste mit den einzelnen Beweismittelarten verknüpft und werden daher zweckmässiger im zweiten Teile behandelt, in welchem unter der Rubrik Be-

weiskraft bei der Behandlung der einzelnen Beweismittel stets auf diese Unterscheidung zurückzukommen sein wird.

3. Die Einteilungen in vollkommenen Beweis und Bescheinigung sowie in liquiden und illiquiden Beweis beziehen sich auf die Art des Prozessverfahrens und stehen deshalb als zum formellen Beweisrechte gehörig ausserhalb des Rahmens der gegenwärtigen Arbeit.

4. Am wichtigsten ist die Unterscheidung zwischen Haupt- und Gegenbeweis. Soweit diese sich auf einzelne Beweismittel speziell bezieht, soll auch sie in der Beweismittellehre erörtert werden, und nur sofern sie in allgemeiner Weise von einzelnen Kantonen angewendet wird, mögen hier folgende Ausführungen gemacht werden:

Das jedem vernünftigen Civilprozesssystem immanente Prinzip des wechselseitigen Gehörs beider Parteien verlangt unabweislich, dass jeder Partei die nötige Gelegenheit verschafft werde, sich gegenüber einem von der Gegenpartei drohenden oder ausgeführten Angriff zu verteidigen. Dazu gehört nun jedenfalls auch das Recht des Probaten, der Beweisführung des Probanten eine Gegenbeweisführung entgegenzustellen, d. h. das Recht, dem Richter zu zeigen, dass diejenigen Tatsachen, welche der Probant zur Begründung seines Petitums als existent nachweisen will oder nachzuweisen versucht hat, in Tat und Wahrheit nicht existiren resp. existirt haben. Das letztere ist das beste Mittel, welches dem Probaten zur Verteidigung möglich ist; nach dem wolbegründeten Satze *actore non probante reus absolvitur* genügt es jedoch auch zur Abwehr des Angriffes, wenn der Probat den Nachweis leistet, dass die Mittel, welche der Probant in Anwendung bringt, zum Beweise der behaupteten Tatsachen gar nicht oder unvollständig geeignet seien. Diese beiden Arten des Gegenbeweises pflegt man in der gemeinrechtlichen Theorie direkten Gegenbeweis zu nennen und setzt diesem den indirekten entgegen, worunter man den Beweis von Einredetatsachen versteht. Nach der richtigen Auffassung des Begriffes Gegenbeweis ist aber der sogenannte

indirekte Gegenbeweis gar kein eigentlicher Gegenbeweis, sondern ein Hauptbeweis, wie schon der alte *Gönner*[81]) dargetan hat. Jede Partei ist hauptbeweispflichtig mit Bezug auf diejenigen Tatsachen, welche zur Substantiirung ihrer Rechtsbegehren und Behauptungen gehören, der Kläger also mit Bezug auf die Klage und die replicatio und der Beklagte mit Bezug auf die exceptio und die duplicatio. Der für das Wesen des Gegenbeweises höchst charakteristische Satz *reprobatio reprobationis non datur* gilt denn auch anerkanntermassen nur für den eigentlichen (direkten) Gegenbeweis, ebenso auch derjenige, dass für den Gegenbeweis keine Eidesdelation zulässig sei.[82])

Die gemeinrechtliche Lehre vom Gegenbeweise im allgemeinen findet sich nun in der Schweiz nirgends vollständig ausgebildet vor. Die Kantone *Zürich* (§ 341), *Bern* (§ 163), *Freiburg* (Art. 291), *Solothurn* (§ 221), *Baselland* (§ 112), *Schaffhausen* (§ 208), *Graubünden* (Art. 162), *Thurgau* (§ 153) und *Neuenburg* (Art. 200) stellen lediglich den selbstverständlichen Satz auf, dass dem Produkten der Gegenbeweis stets offen stehe. Damit können sie wol nur den direkten Gegenbeweis im Auge haben, da für den indirekten Gegenbeweis als den Beweis von Einreden schon im Beweisbescheide ohnehin (d. h. ohne dass es irgend einer besondern gesetzlichen Bestimmung hierüber bedürfte) immer das angetragene Beweisthema ausdrücklich aufgeführt werden muss. *Bern, Freiburg, Solothurn* und *Baselland* bestimmen überdies, dass der Versuch, den Gegenbeweis zu leisten, in keinem Falle als Übernahme des Hauptbeweises angesehen werden dürfe. „Würde der letztere nicht erbracht,“ fügt *Baselland* erläuternd hinzu, „so soll jedenfalls das Misslingen des übernommenen Gegenbeweises dem Gegenbeweisführer nicht nachteilig sein“ — d. h. der Satz *actore non probante reus absolvitur* bleibt immer

---

81) *Gönner*, Handbuch II, p. 337.

82) Vgl. *Wetzell*, System, § 20, zu Note 3 u. 4.

wirksam, auch wenn der reus den Gegenbeweis zu führen unternommen hat. Diese Bestimmung ist übrigens so selbstverständlich wie die erste; sie zeigt aber deutlich, dass ihr die richtige Auffassung des Begriffes Gegenbeweis zu Grunde liegt, denn mit Bezug auf die exceptio wird ja der reus zum actor und geht deshalb seiner Einrede unrettbar verlustig, wenn er sie nicht beweist; für den indirekten Gegenbeweis kann deshalb jene Bestimmung unmöglich gelten.

Dass der Gegenbeweis auch dann noch offen stehe, wenn der Hauptbeweis zu Ende geführt ist, sagt *Schaffhausen* in § 208:

> Wird einer Partei der Beweis auferlegt, so steht für den Fall des Erbringens desselben der Gegenpartei der Gegenbeweis offen.

(Damit kann doch nicht etwa blos die subsidiäre Natur des Gegenbeweises, welche diesem inhärent ist, ausgesprochen sein.)

Dass der Richter aber auch dann noch eine Gegenbeweisführung zulasse, wenn der Hauptbeweis unumstösslich erbracht, d. h. kraft positiver Gesetzesvorschrift als unumstösslich erbracht zu betrachten ist, kann ihm nicht zugemutet werden, denn dadurch ginge ja nur unnütze Zeit und Mühe verloren; ein Gegenbeweis ist eben in solchem Falle absolut unmöglich. Das und nur das ist der Sinn der auf den ersten Blick sonderbar scheinenden Bestimmungen der Kantone *Glarus* und *St. Gallen:*

> *Glarus* § 160: Hat der Kläger einen vollen und unumstösslichen Beweis geleistet, so ist dem Beklagten über bereits erwiesene Tatsachen kein Gegenbeweis mehr zu gestatten.
>
> *St. Gallen* § 138: Gegen einen einmal geleisteten vollkommenen Beweis ist kein Gegenbeweis weiter zulässig.

Beide Kantone binden nämlich den Richter in der Würdigung der Beweise an zahlreiche gesetzliche Regeln; deshalb können die angeführten Paragraphen nicht etwa in dem Sinne

aufgefasst werden, als ob es in das freie Ermessen des Richters gestellt wäre, einen Beweis für vollkommen erbracht zu erklären und auf Grund dieser Erklärung jeden Gegenbeweis auszuschliessen, und vollends verkehrt wäre es, aus jenem Satze zu schliessen, dass in *Glarus* und *St. Gallen* der direkte Gegenbeweis überhaupt unzulässig sei.

Wenn die *aargauische* Civilprozessordnung in § 120 Abs. 2 erklärt: „Auf den direkten Gegenbeweis darf nicht erkennt werden“, — so will auch sie damit die Führung des direkten Gegenbeweises durchaus nicht verbieten. Vielmehr hat die angeführte Bestimmung lediglich formelle Bedeutung und steht im Zusammenhange mit der vollständig gemeinrechtlich durchgeführten legalen Beweistheorie des *aargauischen* Prozesses überhaupt. Da nämlich im Beweisurteile der Richter nur diejenigen von den Parteien angeführten Tatsachen in der Form von Beweissätzen aufstellt, von deren Nachweis die Begründetheit der daraus abgeleiteten Ansprüche sich ergeben soll, so folgt daraus, dass der Beweis für eine Tatsache stets nur der beweispflichtigen Partei auferlegt wird, und nicht auch auf den Gegenbeweis für die Nichtexistenz der nämlichen Tatsache zu erkennen ist. Alle gemeinrechtlichen Theoretiker stimmen denn auch darin überein, dass sie sagen, der Richter könne den direkten Gegenbeweis zwar vorbehalten, habe aber nicht auf diesen zu interloquiren.[83]) Aber auch der Vorbehalt des Gegenbeweises braucht nicht ausdrücklich gemacht zu werden, da er sich, wie bereits bemerkt, nach dem Prinzipe des wechselseitigen Gehörs der Parteien von selbst versteht.

Alle nicht erwähnten Kantone enthalten sich der ausdrücklichen Regulirung des Gegenbeweises und betrachten damit die Zulässigkeit desselben als etwas Selbstverständliches. Wenn in der zürcherischen Praxis bei Auflegung des Hauptbeweises

---

[83]) Vgl. *Wetzell*, System, § 20, p. 178; *Renaud*, Lehrbuch, § 101; *Bayer*, Vorträge, (10. Aufl.), § 237, III, p. 768; *Gönner*, Handbuch, Bd. II, p. 339.

die Formel „vorbehältlich des direkten und indirekten Gegenbeweises“ angewendet wird, so ist dies eine Reminiscenz an die alte gemeinrechtliche Normirung des Gegenbeweises und als solche durchaus überflüssig. Eine andere Frage ist die, ob die Gegenbeweisführung innerhalb der nämlichen Frist, in welcher die Hauptbeweisführung zu erfolgen hat, stattfinde, wie es z. B. auch in *Zürich* der Fall ist, oder ob zuerst das Resultat der Hauptbeweisführung abgewartet werde. Das ist jedoch eine Frage des formellen Beweisrechtes und als solche hier nicht zu erörtern.

Zweiter Teil.

Die Lehre von den Beweismitteln und die Beweistheorie.

§ 15.

Einleitung. Begriff und Arten der Beweismittel.

Beweismittel ist das, was den Richter von der Existenz einer erheblichen bestrittenen Tatsache zu überzeugen geeignet ist. Die beste Überzeugung liefert unbedingt die eigene Wahrnehmung der Tatsache durch den Richter. Diese ist jedoch nur so lange und insofern möglich, als die Existenz der erheblichen bestrittenen Tatsache fortdauert oder in wahrnehmbarer Weise sich in einem Gegenstande der Aussenwelt vollständig verkörpert vorfindet. Das erstere kann da der Fall sein, wo die streitige Tatsache sich als einen Zustand darstellt; das letztere ist auch dann möglich, wenn die Tatsache, deren Existenz in Frage kommt, eine vergängliche, d. h. ein Ereignis im weitesten Sinne des Wortes ist. Im ersteren Falle ist die eigene Wahrnehmung des Richters, welche von der beweisführenden Partei zu dem Zwecke, die Existenz einer erheblichen bestrittenen Tatsache zu dessen Überzeugung zu bringen, ermöglicht wird, selbst Beweismittel und wird als solches technisch Augenschein genannt. *Heusler*[84]) bestreitet diesem Überzeugungsmittel die Beweismittelqualität, indem er den Beweis im Civilprozesse begrifflich als historischen Beweis aufgefasst haben will[85]) und alles das, was für den Richter

---

[84]) a. a. O., p. 238.

[85]) *Heusler* stellt zwar auch den Begriff des „kritischen Beweises" (a. a. O., p. 221), d. h. des Beweises durch Folgerung, auf; allein in seiner Beweismittellehre operirt er stets nur mit dem historischen Beweise und behandelt die Ermöglichung der kritischen Folgerung des Richters stets als Gegenstand des historischen Beweises.

noch wahrnehmbar ist, von diesem ex officio in den Prozess eingeführt wissen will und deshalb des Beweises durch die Parteien nicht bedürftig erklärt. *Wach*[86]) und *Wendt*[87]) haben dies als unzulässige petitio principii verworfen, und der letztere macht mit Recht darauf aufmerksam (was wir oben bereits einmal erwähnt), dass man auch da, wo der Richter sich selbst den Stoff für die Bildung seiner Überzeugung zu verschaffen habe, wie das im Strafprozess der Fall ist, von Beweis spreche und sprechen dürfe. Dass aber das Prinzip der freien richterlichen Forschung für den Civilprozess zu verwerfen sei, ist ein Satz, der nicht in das Kapitel der Beweismittellehre gehört; die Richtigkeit desselben ist oben (in § 6) erörtert worden.

Der Augenschein ist also immer als Beweismittel aufzufassen, sobald durch ihn nicht blosse Aufklärung über den Streitinhalt bezweckt wird, sondern der letztere selbst dem Richter nachgewiesen werden soll.

Aber auch da, wo eine vergängliche Tatsache in einem Gegenstande der Aussenwelt in wahrnehmbarer Weise verkörpert ist, bedarf es zur Gewinnung der richterlichen Überzeugung nichts weiteres als die Wahrnehmung der Verkörperung durch den Richter und insofern kann man auch hier von Augenschein sprechen, wie dies in neuerer Zeit vielfach geschieht (*Wetzell, Wach*). Der Unterschied zwischen dieser und der vorher erörterten Art des Augenscheins ist ganz ähnlich demjenigen zwischen dem Beweis des Rechtsaktes selbst und demjenigen des aussergerichtlichen Geständnisses: Das eine Mal wird durch den Augenschein die Tatsache selbst wahrgenommen und das andere Mal ein die letztere unzweifelhaft konstatirendes Medium. Der Wirkung nach stehen sich beide Arten gleich. Es braucht wol nicht besonders hervorgehoben zu werden, dass die Augenscheinstatsache nicht blos der streitige Rechtsakt, sondern überhaupt jede in concreto relevante Tatsache sein

---

[86]) *Wach*, Vorträge, p. 151.

[87]) *Wendt*, Beweis und Beweismittel, p. 262.

kann, dass daher auch ein aussergerichtliches Geständnis oder ein Indicium das Objekt des Augenscheins bilden kann.

Die zwei genannten Arten des Augenscheins unterscheiden sich jedoch darin wesentlich von einander, dass da, wo die streitige Tatsache unmittelbar selbst wahrgenommen werden kann, die Wahrnehmung selber das Beweismittel ist, während bei der zweiten Art, wo die vergangene Tatsache verkörpert ist, das verkörpernde Medium als Beweismittel zu betrachten ist. *Wach*[88]) behauptet zwar, dass beim Augenscheine Beweismittel stets nur das Objekt sei, welches durch seine Einwirkung auf die Sinne des Richters in diesem gewisse Vorstellungen und Schlüsse hervorrufe. Allein nach dieser Auffassung würde da, wo das Augenscheinsobjekt die fortdauernde Tatsache selbst ist, Beweisresultat und Beweismittel vollständig zusammenfallen. Der Beweis ist aber gerade auf die Konstatirung der wahrzunehmenden Tatsache gerichtet und deshalb kann das Mittel zur Konstatirung nicht wieder die Tatsache selbst sein, sondern muss etwas Drittes sein, das eben die Konstatirung vermittelt, und das ist die richterliche Wahrnehmung. Im zweiten Falle dagegen ist es das verkörpernde Medium, welches die Überzeugung von der Existenz der verkörperten Tatsache vermittelt und die hinzutretende Wahrnehmung des Richters ist lediglich Beweisaufnahme, wie es die Wahrnehmung resp. Abhörung der Zeugenaussagen beim Beweise durch Zeugen ist.

Nach der herrschenden Auffassung in der Wissenschaft und der Gesetzgebung wird vorzugsweise nur da technisch von Augenschein gesprochen, wo die richterliche Wahrnehmung selbst Beweismittel ist, während man die verkörpernden Media Urkunden und den mit diesen geführten Beweis Urkundenbeweis zu nennen pflegt. Dass namentlich in der Gesetz-

---

88) *Wach*, Der Entwurf einer deutschen Civilprozessordnung, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. XIV, p. 334 f.

gebung[89]) auch dasjenige Augenschein genannt wird, was der Richter ex officio zur Aufklärung über den Streitwillen der Parteien tut, haben wir oben bei der Behandlung der Offizialtätigkeit des Richters gesehen (§ 6). Es ist gegen die Benennung als Augenschein gar nichts einzuwenden, wenn sich nur der Gesetzgeber des Unterschiedes zwischen dem Augenscheine als Beweismittel und demjenigen als amtliche Informationstätigkeit des Richters bewusst ist und demgemäss eine verschiedene Behandlung desselben eintreten lässt.

Die Urkunde, welche den streitigen Rechtsakt selbst verkörpert, hat für den Beweisführer natürlich grösseren Wert als diejenige, welche z. B. nur ein Indicium enthält, deshalb ändert sich aber ihre Qualität als Beweismittel in keiner Weise und es rechtfertigt sich m. E. nicht, im ersten Fall dieselbe als Augenscheinsobjekt zu behandeln, im zweiten dagegen nicht. Die Urkunde ist ja stets nur deshalb Beweismittel, weil sie eine relevante streitige Tatsache, sei es den Rechtsakt selbst, ein aussergerichtliches Geständnis oder ein Indicium, verkörpert, und nicht weil sie dem Richter die Wahrnehmung der relevanten Tatsache durch die Beaugenscheinigung der Urkunde ermöglicht; m. a. W. die Urkunde ist nie Augenscheinsobjekt im technischen Sinne. Sie ist auch von keiner einzigen mir bekannten Civilprozessgesetzgebung als Augenscheinsobjekt behandelt, sondern stets als für sich eine besondere Kategorie bildendes Beweismittel aufgestellt worden. Immerhin hat der Beweis vermittelst einer Urkunde deshalb eine dem Augenschein gleichkommende Bedeutung für den Beweisführer und den Richter, weil der letztere (die Ächtheit und Unverfälschtheit der Urkunde vorausgesetzt) den Inhalt der Urkunde nur sinnlich wahrzunehmen braucht, um von der Existenz der durch dieselbe verkörperten Tatsache sofort überzeugt zu sein.

---

[89]) Auch die meisten gemeinrechtlichen Theoretiker sprechen von einem Informationsaugenscheine, behandeln diesen aber nur ausnahmsweise als Beweismittel.

Nicht diese frappante Wirkung besitzt das dritte Mittel, durch welches die richterliche Überzeugung hergestellt werden kann, die Vermittelung der Tatsachenexistenz durch die Aussage einer Auskunftsperson, des Zeugen. Da nämlich hier die Existenz der Tatsache nur durch die Wahrnehmung eines Dritten konstatirt werden kann, so kann die Überzeugung des Richters nie den nämlichen Grad der Intensität erreichen wie da, wo der Richter unmittelbar selbst wahrnimmt. Der Zeuge, welcher Auskunft über die bestrittene Tatsache geben soll, kann aus den verschiedensten Gründen die Wahrheit verfehlen. „Believe half what you see, and a twentieth part of what you hear“ (Glaub halb, was du siehst, und einen zwanzigstel von dem, was du hörst) — sagt in bezeichnender Weise ein englisches Sprichwort.[90]) Dies ist auch der Grund, weshalb wir auf keinem Gebiete des Beweisrechtes eine so grosse Mannigfaltigkeit in der Theorie und namentlich in der Gesetzgebung finden, wie gerade im Kapitel des Zeugenbeweises. Wir sehen da die verschiedenartigsten Mittel verwendet, die alle demselben Zwecke dienen sollen, nämlich der grösstmöglichen Unverfälschtheit der die Existenz einer Tatsache vermittelnden Zeugenaussage. Die schweizerische Civilprozessgesetzgebung weist sozusagen alle Phasen und alle Nuancirungen der Zeugenbeweislehre auf.

Augenschein, Urkunde und Zeuge sind die einzigen natürlichen Beweismittel, welche die richterliche Überzeugung herzustellen im Stande sind; alles, was die Existenz einer Tatsache zu beweisen geeignet ist, lässt sich unter eine der drei genannten Kategorien subsumiren. Die einzigen natürlichen Beweismittel sind sie deshalb, weil die Überzeugung

---

[90]) Vgl. *Taylor*, On Evidence I, § 498. Taylor sagt über dieses Sprichwort zutreffend: (it) is a maxim which reflects severely upon human intelligence and veracity, but which, nevertheless, is founded in the main upon the experience of life, and marks the vast distinction that obtains between a knowledge of facts derived from actual perception, and the belief of the existence of facts resting on the information of others.

von der Existenz einer (gegenwärtigen oder in der Vergangenheit liegenden) Tatsache der Natur der Sache nach immer nur durch die Wahrnehmung derselben dem Richter vermittelt werden kann, und eine Wahrnehmung stets nur möglich ist entweder durch die unmittelbare Anschauung des Richters (Augenschein), oder durch die mittelbare Kenntnisnahme durch Verkörperung (Urkunde) oder durch Personenaussage (Zeugen).

Dass weder das Geständnis, noch auch das Indicium oder gar die Vermutung, Dinge, die von einzelnen Theoretikern und Gesetzgebern als Beweismittel aufgefasst werden, solche seien, ist oben (§§ 9, 10 und 12) hinlänglich ausgeführt und die Art und Weise ihrer Behandlung in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung dargestellt worden.

Nun hat aber die Gesetzgebung seit alter Zeit ein viertes sogenanntes Beweismittel aufgestellt, das den Prozessstreit in fatalistischer Weise ein- für allemal entscheidet, nämlich den Eid, und die Wissenschaft war dienstfertig genug, dieses Entscheidungsmittel auch ihrerseits in den Bereich ihrer Tätigkeit zu ziehen, nachdem die Praxis es einmal für unentbehrlich erklärt hatte.

Die Partei schwört, dass eine Tatsache wahr oder nicht wahr sei,[91]) und dann gilt jene Tatsache dem Richter endgültig und unwiderlegbar für wahr resp. nicht wahr. Man sieht, die Überzeugung des Richters hat hier gar nichts zu schaffen, denn der Richter muss von Gesetzeswegen dem Schwörenden glauben, gleichgültig, ob ihn seine eigene Geistes- oder Seelentätigkeit dazu führe oder nicht. Deshalb nennt man auch die durch den Eid herbeigeführte Wahrheit formelle Wahrheit, im Gegensatz zu der auf wirklicher Überzeugung beruhenden materiellen oder natürlichen Wahrheit, und den

[91]) Wir sehen vorläufig vom Glaubenseid des alten und vom Überzeugungseid des neuen gemeinen deutschen Civilprozesses ab. Was im Folgenden vom Wahrheitseid ausgeführt wird, gilt in noch viel höherem Grade vom Glaubens- und Überzeugungseid.

Eid kann man folgeweise, wenn man ihn als Beweismittel auffassen will, als künstliches Beweismittel bezeichnen. In Wahrheit ist er aber durchaus kein Beweismittel, denn der Begriff Beweis fordert unabweislich die Bildung einer Überzeugung des Richters. Die Entscheidung des Streites durch die Feuerprobe oder durch irgend ein anderes Ordal ist von derjenigen durch den Eid m. E. nur graduell und nicht virtuell verschieden: beide Male ist es die Gottheit, welche den Streit entscheidet; im ersten Falle wurde es angesehen, als ob sie in den Streit unmittelbar selbst als Richter eingreife, und im zweiten Fall wird sie als ausschlaggebender Zeuge in den Prozess eingeführt. Mit dem Eide wird ein religiöses Moment in die Justizpflege hineingetragen, das seiner Natur nach, wenigstens rein juristisch oder philosophisch betrachtet, nicht in dieselbe hineingehört. Die fatalistische Natur des Eides lässt sich auch nicht wegleugnen durch dessen Qualifikation als eines Vergleiches, welche ihm schon die Römer mit Bezug auf seine Eigenschaft als iuramentum litis decisorium in seiner wissenschaftlichen Charakterisirung beigelegt haben,[92]) oder als eines prozessualen Dispositionsaktes, wie in neuerer Zeit namentlich *Wach*[93]) zu dessen Verteidigung ausgeführt hat. Auch mit dem vom Richter aufgelegten Ergänzungseid, dem iuramentum suppletorium, steht es nicht anders. Wenn der Richter durch die vom Probanten vorgebrachten Beweise nicht überzeugt worden ist, so ist eben der Beweis misslungen und die Auferlegung des Ergänzungseides bedeutet wiederum nichts Anderes, als dass die Gottheit zum Zwecke der Entscheidung des Streites interveniren soll. Weil auch da der Richter durch den Eid des Beweisführers (resp. — beim Reinigungseid — des Beweisgegners) gebunden ist, kann von natürlicher Überzeugung nicht gesprochen werden.[94])

---

[92]) Vgl. l. 2 D. de iure iurando 12,2: Jusiurandum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam res iudicata.

[93]) *Wach*, Vorträge, p. 164.

[94]) Anders *Wach*, Vorträge, p. 174 ff.

Dies die theoretischen Bedenken, welche gegen den Eid als Beweismittel erhoben werden müssen. Die Entscheidung der Frage, ob sich die Praxis dieses bequemen Schlichtungsmittels ohne Schaden entschlagen könne, überlasse ich berufeneren Leuten. Alle diejenigen Praktiker, welche inmitten der Geltung der gemeinrechtlichen Eideslehren sich an den Schieds- und Noteid gewöhnt haben, werden kaum geneigt sein, den Eid als prozessuales Hilfsmittel aufzugeben, selbst wenn sie dessen fatalistische Unkontrollirbarkeit anerkennen, weil sie fürchten, dass sonst entweder eine Menge ungerechter Entscheide in Folge der strikten Anwendung des Satzes *actore non probante reus absolvitur* sich ergeben würde, oder dann die in Civilsachen unbrauchbare Urteilsform auf ein non liquet eingeführt werden müsste. So sagte z. B. das *thurgauische* Obergericht in den Motiven zu dem Prozessentwurf von 1881 (p. 32): „Die richterliche Erfahrung zeigt aber, dass wirkliche Fälle vorkommen, in denen dieses Beweismittel (nämlich das Schiedshandgelübde, das an die Stelle des Schiedseides treten sollte) nicht entbehrt werden kann, wenn vom Richter eine Rechtsprechung und nicht eine blosse Verneinung eines Parteibegehrens verlangt wird.“ Immerhin bezeichnet es den Schiedseid als „ein notwendiges Übel“, dessen aber die Rechtsprechung bedürfe, um überhaupt ein Urteil begründen zu können. Dass die Gesetzgebung so zu sagen durchweg auf diesem Standpunkt steht, wird gerade die spätere Darstellung des schweizerischen Eidesrechtes zeigen. Doch soll schon jetzt konstatirt werden, dass die neueren Civilprozessgesetzbücher den Eid mehr und mehr einschränken und namentlich den Schiedseid nur noch als subsidiäres Entscheidungsmittel, als die *τελευταία τοῦ πράγματος καταφυγή*,[95]) die letzte Zuflucht, zulassen. Die Schweiz weist hiebei überdies zwei Eigentümlichkeiten auf, die später näher erörtert werden sollen, nämlich einmal diejenige, dass einige Kantone den Eid über-

[95]) Nov. 73 c. 4.

haupt nicht kennen und sodann diejenige, dass in Folge der in Art. 49 der Bundesverfassung von 1874 proklamirten Glaubens- und Gewissensfreiheit eine ganz gewaltige Bresche in die Eideslehre geschlagen worden ist.

Schliesslich sind noch zwei Anomalien in der Lehre von den Beweismittelarten zu erörtern. Die eine ist die eigentümliche Bedeutung, welche von einzelnen Gesetzgebern der Parteiaussage in dem Institut der Parteienbefragung beigelegt wird, und die andere die Expertise, soweit sie in der Theorie und in der Gesetzgebung als Beweismittel behandelt wird.

Die persönliche Befragung der Parteien tritt in den Civilprozessgesetzen verschiedener Kantone der Schweiz in ähnlicher Funktion wie der Eid neben diesem oder an Stelle desselben auf. Sie dient hier nicht etwa blos zur Aufklärung des Richters über unklares Parteivorbringen, sondern geradezu zur Feststellung bestrittener Tatsachen. Zum Unterschiede vom Eide, der ja auch Parteiaussage ist, ist hiebei die Gewinnung einer wirklichen Überzeugung denkbar, sofern nämlich hier der Richter an die unbeeidigte Aussage der befragten Partei nicht gebunden ist, sondern deren Beweiskraft frei prüfen kann; deshalb erscheint denn auch die Parteienbefragung als ein wirkliches Beweismittel. Als Subjekt dieser Beweisführung tritt bald die beweisführende Partei, auf deren Antrag hin die Parteienbefragung stattfindet, bald der Richter, welchem im Widerspruch zu dem Wesen der Verhandlungsmaxime die Initiative hiezu vom Gesetze überlassen wird, auf. Ein Anomalon aber ist dieses Beweismittel deshalb, weil hier der Parteiaussage eine ganz aussergewöhnliche Bedeutung beigelegt wird, die der eidlichen Parteiaussage sehr nahe kommt. Diese Verwandtschaft mit dem Eide dürfte es rechtfertigen, das Institut der Parteienbefragung unmittelbar nach der Eideslehre zu behandeln.

Die zweite Anomalie betrifft die Expertise. Wir haben hier die merkwürdige Erscheinung vor uns, dass, obwol in der

Wissenschaft die herrschende Meinung aus sofort zu erörternden Gründen den Sachverständigen die Natur eines Beweismittels von jeher vollständig abspricht, die Gesetzgebung dennoch immer und immer wieder von einem Beweise durch Sachverständige redet. Schon *Gönner*[96]) hat mit Recht gesagt: „Nichts war schädlicher, als dass man Kunstverständige für ein Beweismittel ansah und als Zeugen behandelte, weil sie dritte Personen sind, deren Äusserungen auf den Ausgang eines Streits wichtigen Einfluss haben. Hierdurch war der ganze Standpunkt verrückt, aus welchem die Kunstverständigen betrachtet werden müssen, wenn man ihr rechtliches Verhältnis genau ausmitteln will. — Kunstverständige sind immer Gehülfen des Richters, und sie haben gar nichts an sich, welches uns berechtigte, sie in die Klasse der Beweismittel zu stellen.“[97]) In gleicher Weise haben sich neuerdings *Wetzell*,[98]) *Heusler*,[99]) *Wach*[100]) u. A. gegen die Beweismittelqualität der Expertise gewendet, indem sie alle darauf hinweisen, dass der Sachverständige stets nur zu dem Zwecke herbeigezogen werde, dem Richter Fachkenntnisse, welche ihm zur richtigen Auffassung und Beurteilung der vorgebrachten Tatsachen abgehen, zu ersetzen. Nicht um die Vermittlung einer nicht mehr wahrnehmbaren Tatsache handelt es sich bei Anordnung der Expertise, sondern um die Beurteilung (Begutachtung) einer vorliegenden Tatsache. Der Sachverständige sagt nicht aus, wie der Zeuge, sondern urteilt und übernimmt damit einen Teil der richterlichen Aufgabe. Sofern in einem Streite alles nur auf die Beurteilung der Tatsachen und nicht blos auf deren Wahrnehmung ankommt, bildet allerdings das Gutachten

---

96) *Gönner*, Handbuch, XLV. § 1, Bd. II, p. 430.

97) Darüber, dass die richtige Auffassung auch schon im römischen und kanonischen Rechte vertreten ist, vgl. *Wetzell*, System, § 44, Note 16.

98) *Wetzell*, System, § 44 2 a.

99) *Heusler* a. a. O., p. 243 ff.

100) *Wach*, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XIV, p. 337.

ein überaus wichtiges Moment, das der gewinnenden Partei leicht als Beweismittel vorkommen mag; allein so lange als man die Beurteilung der Tatsachen, die Reflexion, als eine richterliche Funktion taxirt, so lange darf man die Expertise, die stets ein Urteil über Tatsachen enthält, nicht als Beweismittel behandeln.[101]) Es ist allerdings möglich, dass ein Sachverständiger als blosse Auskunftsperson über die Wahrnehmung einer vergangenen Tatsache, die vermöge ihrer besonderen Eigenschaften nur von einem Fachkundigen wahrgenommen werden konnte, aussagt; dann aber erscheint eben der Experte einfach in der Eigenschaft eines Zeugen und es liegt kein Grund vor, ihn prozessrechtlich anders zu behandeln als den gewöhnlichen Zeugen; der besondere Begriff des „sachverständigen Zeugen", der früher da und dort[102]) aufgestellt wurde, ist vollständig überflüssig.

Die Konsequenzen, welche sich aus der verschiedenen Behandlung der Expertise ergeben, sind sehr bedeutend. Gerade die Gesetzgebung, welche die Expertise stets als Beweis-

---

[101]) Dem gegenüber behaupten allerdings gewichtige Stimmen, dass einerseits die Sachverständigen eben so gut als Hilfeleister für die Parteien wie für den Richter aufgefasst werden können und andererseits die Funktion der Tatsachenbeurteilung der Beweismittelqualität der Sachverständigen nicht im Wege stehe, da durch das Urteil über gewisse Tatsachen festgestellt werde, ob ungewisse andere Tatsachen wahr sein können oder müssen. Vgl. *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechtes, München 1886, p. 559 ff, und die dort Citirten. Ich halte jedoch die im Text ausgeführte Ansicht für die richtigere. Es sei mir gestattet, hier noch darauf hinzuweisen, dass die Institute der Handels- und der Gewerbegerichte ein nicht zu unterschätzendes Argument für die oben verteidigte Ansicht bilden. Hier nämlich soll gerade die Funktion der Sachverständigen von den Richtern vollständig übernommen werden. Kein anderer Zweck liegt den genannten Einrichtungen zu Grunde, als der, die Beurteilung der Tatsachen, die im gewöhnlichen Verfahren zweierlei Personen, den Experten und den Richtern, übertragen ist, einer Person allein und zwar der zur Entscheidung prinzipiell berufenen, dem Richter, anheim zu stellen. Hierin äussert sich unzweifelhaft das allgemeine Bewusstsein, dass die Beurteilung der Tatsachen eine richterliche Funktion sei.

[102]) Vgl. *Endemann*, Beweislehre, p. 245 (§ 62, Note 1).

mittel behandelt, zeigt dies, indem sie durch Vorschriften, die mit der Beweismittelnatur durchaus unvereinbar sind, der richtigen Auffassung der Expertise mehr oder weniger gerecht zu werden sucht. Die Expertise erscheint hier als ein Zwitterding, dem zwar die Bezeichnung Beweismittel gegeben wird, das aber in verschiedenen Beziehungen die Natur eines Unterstützungsmittels für die richterliche Beurteilung der Tatsachen unzweideutig an den Tag legt.[103]) Das Nähere hierüber muss der besondern Darstellung der Expertise vorbehalten werden. Schon oben (§ 6 pag. 37 ff.) ist von der Expertise gesprochen worden, als es sich darum handelte, die Offizialtätigkeit des Richters zu beleuchten; nun müssen aber noch die einzelnen Grundsätze, welche der gesetzlichen Regelung der Expertise in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung zu entnehmen sind, dargestellt werden. Dies geschieht am besten vor der Behandlung der eigentlichen Beweismittel, da die Expertise ihrer Wirkung nach gewissermassen auch vor allem Beweise steht.

Demgemäss ergibt sich für die Behandlung der Beweismittellehre mit Einschluss einerseits der Expertise und anderseits der Beweistheorie, welch' letztere als Ergebnis der Beweismittellehre am Schlusse in einem besondern Abschnitte ihren Platz finden mag, folgende Einteilung:

1. Expertise,
2. Augenschein,
3. Urkunden,
4. Zeugen,
5. Eid,
6. Parteienbefragung,
7. Beweistheorie.

(2.–6.: Eigentliche Beweismittellehre.)

[103]) *Endemann*, (Beweislehre, p. 247 ff.) benützt diese Erscheinung, um die Tendenz zu dem nach ihm einzig richtigen Prinzipe der unbeschränkten materiellen Wahrheitserforschung durch den Richter nachzuweisen. M. E. gibt es aber nur die eine Erklärung, dass wir es hier eben mit einer a priori dem Richter zukommenden Funktion zu tun haben.

§ 16.

Die Expertise.

I. Die Expertise erscheint fast in der ganzen Schweiz als Beweismittel. Ob der Kanton *Baselstadt* eine Ausnahme mache, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden. Hier wird nämlich die Anordnung einer Expertise zu der „richterlichen Tätigkeit zur Erforschung des Sachverhaltes" gerechnet. Nach § 149 der *baselstädtischen* Civilprozessordnung erhebt der Richter die Expertise stets von Amtswegen, und zwar dann, wenn ein Streitgegenstand von der Art ist, dass es zu dessen Beurteilung besonderer Fachkenntnisse bedarf. Ein Antrag der Parteien ist also nie notwendig. Da aber der Richter in *Basel* überhaupt jeden Beweis von Amtswegen erheben (siehe oben § 6 pag. 39) und in dieser Beziehung als Beweissubjekt auftreten kann, so könnte auch die Anordnung eines Expertengutachtens wol als Beweisoperation aufgefasst werden. Doch weist der Umstand, dass ein Parteiantrag nie erforderlich ist, darauf hin, dass die richtige Auffassung, nach welcher der Sachverständige Richtergehilfe ist, hier gesetzlich zum Ausdruck kommen sollte.

Eine eigentümliche Stellung nimmt die Expertise in der Civilprozessordnung des Kantons *Uri* ein. Sie tritt hier nicht unter den in § 46 aufgeführten „rechtlichen Beweismitteln" auf, sondern erscheint als möglicher Gegenstand eines das Verfahren vor dem Beweisstadium aufhaltenden, incidirenden Verfahrens, indem es der Kommissionalprozedur gleichgestellt wird. (§ 32: „Will die eine oder die andere Partei einen Aufschub, einen nähern Untersuch durch einen Gerichtsausschuss oder durch Sachkundige, oder einen Augenschein verlangen, so soll sie das Begehren ebenfalls gleich Anfangs eröffnen und die Gegenpartei zur Zustimmung oder Verweigerung, vor jedem einlässlichen Eintreten, veranlassen" ..... § 44: „Die Parteien sind verpflichtet, selbst auf den Fall, wo sie die

Red und Antwort zu verweigern oder einen Untersuch oder Augenschein zu fordern gedenken, alle ihre Beweismittel, von welchen sie Gebrauch machen wollen, vor Gericht mitzunehmen" ....) Die Expertise wird hier prinzipiell nur auf Antrag der Parteien angeordnet (sie kann aber nach § 32 Abs. 2 i. f. auch von Amtswegen erhoben werden) und damit nimmt sie ein wesentliches Merkmal der Beweismittelqualität an, da das *urnerische* Civilprozesssystem ganz auf dem Verhandlungsprinzip aufgebaut ist.

Das Gesetzbuch des Kantons *Nidwalden* enthält in Titel XIV, Abs. II, Art. 2 (Reglement des Siebengerichtes), § 20, die dürftige Notiz, dass das Gericht die Befugnis habe, in besondern Fällen Gutachten von Fachmännern einzuholen. Sonst wird über die Expertise gar nichts gesagt. Danach scheint diese hier vom Gesetzgeber nicht als Beweismittel betrachtet zu werden.

Ähnlich lässt der Kanton *Appenzell I.-Rh.* die Expertise fast ganz ungeregelt. Aus Art. 1 der Verordnung betreffend das Beweisfahren:

> Die Prozessparteien können die Wahrheit ihrer Aussage, auf welche sie ihre Rechtsbegehren gründen wollen, durch Urkunden, Zeugenbeweise und durch den Bericht von Augenscheinsbeamten oder Sachverständigen bekräftigen.

geht hervor, dass das Gutachten wesentlich als Beweismittel aufgefasst wird. Nur die Beweiskraft der Expertise ist in Art. 8 der zitirten Verordnung noch gesetzlich regulirt.

Alle übrigen Kantone sowie der *bundesgerichtliche* Civilprozess (Art. 123—128) enthalten mehr oder weniger umfassende Vorschriften über die Sachverständigen. Ihnen allen (bis auf die Kantone *Solothurn* und *St. Gallen* [vgl. oben § 6 pag. 37]) ist gemeinsam die der Beweismittelqualität widersprechende Bestimmung, dass die Expertise sowol von Amtswegen als auch auf den Antrag der Partei angeordnet werden könne. Es gibt kein besseres Argument gegen die Beweis-

mittelqualität der Expertise als gerade dasjenige, dass sozusagen alle Gesetzgebungen die letztere nicht etwa nur als subsidiäres Erkenntnis- oder als blosses Aufklärungsmittel, sondern als prinzipiell neben der Antragsexpertise von Amtswegen zu erhebendes Hilfsmittel für den Richter zulassen. Denn durch eine derartige Regelung zeigt der Gesetzgeber, dass er die Beurteilung von Tatsachen durch den Richter auch unabhängig von dem Begehren einer Partei vornehmen lassen will. Nur die oben erwähnten Kantone *Solothurn* und *St. Gallen* behandeln damit, dass sie keine Offizialexpertise zulassen, die Expertise durchaus nur als Beweismittel.

Eine doppelte Funktion hat die Expertise zu verrichten in den fünf Kantonen *Schwyz* (§ 265) und Entwurf (§ 219), *Obwalden* (Art. 89), *Zug* (§ 95), *Aargau* (§ 206) und *Thurgau* (§ 184). Hier wird genau unterschieden zwischen der Expertise als Beweismittel und derjenigen als blossem Informations- d. h. Aufklärungsmittel, wie dies schon in der 1837er Civilprozessordnung des Grossherzogtums *Baden* (in § 540) geschah, [104]) die offenbar als Vorbild gedient hat. *Aargau* sagt in § 206 in wörtlicher Übereinstimmung mit § 540 der *badischen* Prozessordnung:

> Von Amtswegen kann der Richter Sachverständige nur dann zuziehen, wenn er ihres Gutachtens bedarf, um bereits aktenmässige Tatumstände zu beurteilen, oder daraus Schlüsse zur rechtlichen Entscheidung der Sache ableiten zu können, oder zur Aufklärung von Dunkelheiten oder Beseitigung von Zweifeln und Widersprüchen in dem bereits vorhandenen Gutachten der Sachverständigen, die von den Parteien selbst ernannt sind.

Ahnlich *Thurgau* in § 184 Abs. 2:

> Handelt es sich um die Erstellung tatsächlicher Verhältnisse, so darf der Zuzug von Sachverständigen nur

[104]) Ebenso in der Civilprozessordnung des Königreichs Hannover vom 8. November 1850 (§ 280).

auf den Antrag einer Partei erfolgen; handelt es sich dagegen um die richtige Beurteilung feststehender Tatsachen, so kann das Gericht auch von Amtes wegen eine Expertise beschliessen.

Etwas umständlich, aber charakteristisch drückt sich die *schwyzerische* Prozessordnung in § 265 (— § 219 des Entwurfs) aus:

> Von Amtswegen darf der Richter Sachverständige nicht zuziehen, um einen Beweis für die eine oder andere Partei herzustellen oder zu ergänzen, wol aber, und zwar in jeder Lage des Prozesses, wenn er ihres Gutachtens zu seiner eigenen Belehrung, zu Verdeutlichung des Streitgegenstandes, zur Aufklärung über Beschaffenheit, Bedeutung, Zweck oder Wirkung bereits aktenmässig erhobener Tatumstände oder zu rechtlichen Schlüssen, zu Hebung von Widersprüchen oder Undeutlichkeiten in einem bereits vorhandenen Befunde oder endlich zu Fassung technischer Bestimmungen u. dgl. im Urtheile bedarf.

In gleichem Sinne wie *Schwyz*, aber kürzer, drücken sich die Kantone *Obwalden* und *Zug* aus.

Das Kriterium für die Offizialität der Expertise liegt demnach für diese Kantone in dem bereits aktenmässig Festgestelltsein der zu begutachtenden Tatsachen. Als Beweismittel wird also die Expertise hier nur dann angesehen, wenn durch dieselbe die Existenz einer ungewissen Tatsache (oder eines tatsächlichen Verhältnisses) dargetan werden soll. Dagegen wäre nichts einzuwenden, wenn es sich hiebei nur um die Aussage, die Berichterstattung über die frühere Wahrnehmung einer vergangenen Tatsache, handelte, zu der es besonderer Fachkenntnisse bedurfte; allein die drei Kantone *Schwyz* (§ 253), *Unterwalden* (Art. 89) und *Zug* (§ 95) lassen die Expertise überhaupt nur zu, „wenn ein Streitgegenstand so beschaffen ist, dass zu richtiger Beurteilung desselben Kunst- oder Gewerbskenntnisse erforderlich sind“, wie speziell

Schwyz sich ausspricht. Es handelt sich also auch bei der Beweisexpertise stets um die durch das Gericht veranlasste Beurteilung einer Tatsache. Eine wahre Beweisführung liegt aber, wie bereits ausgeführt, nur dann vor, wenn der Sachverständige lediglich in der Eigenschaft als Zeuge auftritt, wenn seine Wirksamkeit sich beschränkt auf die Berichterstattung über den früher konstatirten Befund einer vergangenen Tatsache und sich nicht auch ausdehnt auf die Folgerung aus dem Befunde, auf das Gutachten im engeren Sinne des Wortes.

Im Kanton *Aargau* ist die Tätigkeit der Sachverständigen nicht präzisirt, während die *thurgauische* Prozessordnung in § 184 Abs. 1 dieselbe nicht auf die Beurteilung von Tatsachen beschränkt, sondern auch auf die blosse Wahrnehmung erstreckt:

> Sachverständige sollen nur in Anspruch genommen werden, wenn Tatsachen in Frage stehen, für deren Wahrnehmung oder Beurteilung besondere Fachkenntnisse erforderlich sind.

In gleicher Weise charakterisiren sie auch der *bundesgerichtliche* Civilprozess (Art. 123) sowie die Kantone *Zürich* (§ 394), *Bern* (§ 182), *Freiburg* (Art. 407: Toute personne qui y a intérêt peut faire constater ou apprécier un fait, ou l'état d'un objet), *Schaffhausen* (§ 253) und Entwurf (§ 263), *Appenzell A.-Rh.* (§ 93) und *Waadt* (Art. 265).

Blos als beurteilend ist dagegen die Tätigkeit der Experten bezeichnet ausser in den genannten drei Kantonen *Schwyz, Obwalden* und *Zug* noch in folgenden Kantonen: *Luzern* (§ 167: Die Sachverständigen müssen hinlängliche Kenntnis zur Beurteilung der betreffenden Sache ... haben), *Solothurn* (§ 235), *Baselstadt* (§ 149), *Baselland* (§ 129), *Graubünden* (Art. 195), *Aargau* Entwurf (§ 252) und *Wallis* (Art. 270). Zu dieser Gruppe dürfen aber wol auch die Kantone *Uri* (§ 32) und *St. Gallen* (Art. 167) gerechnet werden, da sie von einem „Untersuch" durch die Sachverständigen sprechen, ebenso *Tessin* (Art. 252), wo das Gutachten giudizio

dei periti, sowie *Neuenburg* (Art. 259) und *Genf* (Art. 214), wo es avis des experts genannt wird, denn in all' diesen Ausdrücken liegt zweifelsohne der Begriff des Urteils, der Folgerung unzertrennbar vor. *Tessin* unterscheidet speziell zwischen dem Befund als solchem, den es verificazione del fatto nennt, und dem Gutachten im engern Sinn, den induzioni che i periti traggono dalla verificazione (Art. 257 Abs. 1 und § 1) und knüpft an diese Unterscheidung unten noch zu besprechende Konsequenzen für die richterliche Würdigung.

Jene Kantone, welche den Sachverständigen die Wahrnehmung oder die Beurteilung von Tatsachen als Tätigkeit zuweisen, scheinen mir damit den Begriff des sachverständigen Zeugen mit demjenigen des Experten als solchem zu verbinden, und dies halte ich aus den im vorigen Paragraphen angeführten Gründen für unrichtig, sobald die Wahrnehmung sich auch auf noch wahrnehmbare Objekte bezieht. Im letzten Falle liegt auch in dem blossen Befunde stets ein Urteil vor. Handelt es sich z. B. um die Tatsache, ob ein noch lebendes Pferd krank sei oder nicht, so liegt in der Erklärung des Sachverständigen, mag sie positiv oder negativ ausfallen, stets ein Urteil, welches das Resultat einer besondern Prüfung ist, die prinzipiell in der Aufgabe des Richters läge. Allerdings liegt auch in der sachkundigen Aussage über eine vom Sachverständigen früher gemachte Wahrnehmung zugleich ein Urteil; allein dann handelt es sich eben für den Richter stets nur um die Feststellung einer sonst nicht konstatirbaren Tatsache, und in diesem Falle beweisen die Sachverständigen in der Eigenschaft als Zeugen.

II. Das Schwanken zwischen der richtigen und der unrichtigen Auffassung der Expertise zeigt sich nun weiter in der Verschiedenheit der Organe, welchen die Gesetzgebung die Ernennung der Sachverständigen überträgt. Während die Konsequenz aus der Beweismittelqualität verlangte, dass die Parteien als Herren über die Beweismittel die

Sachverständigen selber wählen würden, gerade wie sie allein die Zeugen bezeichnen, finden wir im Ganzen nur vier Kantone, welche diese Konsequenz durchführen, nämlich *Schwyz* (§§ 256 und 257), *Graubünden* (Art. 196), *Aargau* (§ 203) und *Tessin* (Art. 254). Unter diesen zeichnen sich *Graubünden* (Art. 196) und *Aargau* insofern aus, als sie da, wo die Expertise als Beweismittel angerufen wird, die Wahl der Experten den Parteien übertragen (*Aargau* § 205: Die Sachverständigen werden von den Parteien gemeinschaftlich ernannt), während sie im Falle der Offizialexpertise den Richter als das wählende Organ bezeichnen (*Aargau* § 206 Abs. 2). Subsidiär, d. h. für den Fall, dass sich die Parteien über die Personen der Experten nicht einigen können, steht übrigens in *Graubünden, Aargau* und *Tessin* die Wahl dem Richter zu.

Dieser Gruppe am nächsten stehen *Luzern* (§ 168), *Schwyz* Entwurf (§ 212) und *Aargau* Entwurf (§ 255), wo der Richter zwar die Ernennung vornimmt, die Parteien dagegen, wenn sie übereinstimmen, den Richter ohne Angabe von Gründen zwingen können, eine andere Wahl zu treffen.

Alle übrigen Kantone[105]) sowie der *bundesgerichtliche* Civilprozess (Art. 124) bezeichnen dem Wesen der Expertise entsprechend, aber im Widerspruch mit der gesetzlich ausgesprochenen Beweismittelqualität derselben, den Richter als ausschliessliches Organ für die Ernennung der Experten. Hiebei wird jedoch dem Umstande, dass die Parteien an dem Ausgange der Expertise stets ein grosses Interesse haben, von verschiedenen Kantonen insofern ausdrücklich Rechnung getragen, als denselben ein Vorschlagsrecht eingeräumt wird. So in *Zürich* (§ 397), *Uri* (§ 34), *Glarus* (§ 146),

---

[105]) *Zürich* § 395, *Bern* § 183, *Uri* § 34, *Obwalden* Art. 89, *Nidwalden* XIV, II, 2, § 20, *Glarus* § 146, *Zug* § 97, *Freiburg* Art. 410, *Solothurn* § 236, *Baselstadt* § 149, *Baselland* § 130, *Schaffhausen* § 254, Entwurf 264, *Appenzell A.-Rh.* § 93, *St. Gallen* Art. 168, *Thurgau* § 186 (in allen Fällen), *Waadt* Art. 266, *Wallis* Art. 270, *Neuenburg* Art. 247 und *Genf* Art. 214.

Solothurn (§ 236 — die Wahl wird hier nach Anhörung der Parteien vorgenommen), *Baselland* (§ 130), *Schaffhausen* (§ 256) und Entwurf (§ 266 Abs. 2), *Aargau* Entwurf (§ 256) und *Wallis* (Art. 270, wie *Solothurn*).

III. Die meisten Kantone enthalten sodann Bestimmungen darüber, dass die Sachverständigen aus gewissen, ihre Unparteilichkeit in Zweifel setzenden Gründen entweder überhaupt nicht zugezogen werden sollen oder wenigstens von den Parteien abgelehnt werden können. Man sollte nun denken, dass ein Gesetz, das die Experten als Beweismittel behandelt, die nämlichen Ausschliessungs- oder Verwerfungsgründe aufstellen würde, welche für das der Expertise am nächsten verwandte Beweismittel der Zeugen gelten. In der Tat tun dies denn auch verschiedene Kantone, jedoch nicht einmal die Hälfte; während andere, dem aus der richtigen Auffassung der Expertise entspringenden Instinkte folgend, für jene Gründe den Massstab, der für die Rekusation der Richter in Anwendung steht, aufstellen. Zu den erstern Kantonen gehören *Luzern* (§ 167), *Unterwalden* (Art. 90), *Zug* (§ 96), *Solothurn* (§ 237), *St. Gallen* (Art. 169), *Graubünden* (Art. 197), und *Aargau* (§ 207), welche verlangen, dass die Sachverständigen die Eigenschaft eines vollgültigen (in *St. Gallen* und *Graubünden* diejenige eines unverwerflichen und in *Solothurn* diejenige eines „gesetzlichen") Zeugen besitzen, wie dies auch in der *österreichischen* allgemeinen Gerichtsordnung (§ 191) regulirt ist. Ferner die Kantone *Schwyz* (§ 258) und Entwurf (§ 214) und *Wallis* (Art. 270), wo die Experten aus den gleichen Gründen wie die Zeugen abgelehnt werden können. (So in *Frankreich* [Code de proc. civ. Art. 310].) Zu der zweiten Kategorie gehören der *bundesgerichtliche* Civilprozess (Art. 124), sowie die Kantone *Zürich* (§ 396), *Baselland* (§ 130), *Thurgau* (§ 285), indem hier die Unzulässigkeit derjenigen Sachverständigen ausgesprochen wird, die als Richter rekusirt werden könnten, und die Kantone *Bern* (§ 183), *Frei-*

burg (Art. 411), *Aargau* Entwurf (§ 258), *Tessin* (Art. 255), *Neuenburg* (Art. 248) und *Genf* (Art. 218), wo die Experten wie Richter abgelehnt werden können. (So schon die *badische* Prozessordnung von 1837 (§ 543), ebenso die *bairische* von 1869 (Art. 435) und neuerdings auch die deutsche Reichscivilprozessordnung in § 371.) Dem Wesen der Expertise entspricht allein die zweite Art der Normirung.

Als Besonderheit ist der Kanton *Schaffhausen* hervorzuheben, welcher in § 256 sagt:

> Niemand soll als Sachverständiger ernannt werden, der als Richter oder Zeuge verworfen werden könnte.

Der Entwurf steigert dies noch in § 266 Abs. 1:

> Niemand soll als Sachverständiger ernannt werden, welcher als Richter oder Zeuge verworfen werden könnte oder als Zeuge unfähig wäre.

Weder zu der einen noch zu der andern oben aufgestellten Kategorie gehört auch der Kanton *Baselstadt*, der in § 151 folgende für die Expertise selbständige Normirung enthält:

> Bei Ernennung von Sachverständigen ist darauf zu sehen, dass dieselben mit den Parteien nicht nahe verwandt oder eng befreundet, noch überhaupt bei der Sache beteiligt seien.

Die übrigen, in diesem Zusammenhange nicht erwähnten Kantone enthalten sich einer ausdrücklichen Regulirung der Unzulässigkeits- oder Ablehnungsgründe für die Expertise.

IV. Die Analogie zu dem Beweismittel der Zeugen ist bezüglich der Begutachtungspflicht nur in drei Kantonen vollständig durchgeführt. *Bern* (§ 184), *Baselstadt* (§ 151) und *Neuenburg* (Art. 249) erklären es als ein munus publicum, dass jedermann verpflichtet sei, über Fragen, welche er kraft seines Berufes zu beantworten in der Lage ist, als Experte zu fungiren. Eine Weigerung hat in *Bern* und *Neuenburg* die nämlichen Nachteile zur Folge, die für widerspänstige Zeugen

angedroht sind, nur *Neuenburg* schliesst dabei ausdrücklich die Haftstrafe aus. In den Kantonen *Freiburg* (Art 412) und *Genf* ist nur die Erscheinungs-, nicht aber auch die Begutachtungspflicht überhaupt in dem erwähnten Sinne ausgesprochen. Konsequent bestimmt *Neuenburg* (Art. 249), dass der Experte aus den nämlichen Gründen zur Weigerung berechtigt sei, wie der Zeuge, während *Bern* und *Baselstadt* den Sachverständigen beim Vorhandensein genügender (resp. triftiger) Gründe von der Begutachtungspflicht dispensiren, ohne diese Gründe näher zu bezeichnen.

Im Gegensatz hiezu stellen der *bundesgerichtliche* Civilprozess (Art. 125) ebenso die Kantone *Schwyz* (§ 266) und Entwurf (§ 220), *Schaffhausen* (§ 256 Abs. 3) und Entwurf (§ 266 Abs. 3) sowie *Appenzell A.-Rh.* (§ 95) geradezu den Satz auf, dass Niemand zur Annahme der Expertise verpflichtet sei. Das Richtige treffen wol die Kantone *Zürich* (§ 396) und *Aargau* (§ 204) und Entwurf (§ 253), welche prinzipiell keine Begutachtungspflicht aufstellen, jedoch diejenigen, welche entweder von Staatswegen zur Erstattung von Gutachten bestellt sind *(Zürich* und *Aargau)* oder einen bestimmten Beruf amtlich ausüben (*Aargau* Entwurf) zur Annahme verpflichten. Die Begutachtung ist eine Vertrauenssache und es sollte derjenige, welcher sich dieses Vertrauens nicht für vollständig gewachsen hält, nicht wider seinen Willen zur Begutachtung gezwungen werden. Der Kanton *Baselland* spricht einen Zwang nur aus gegenüber Ärzten und „Gescheiden“ (?) und schein damit auf ähnlichem Boden zu stehen wie die D. R. C. P. O. (§ 372), welche ausser den öffentlich bestellten Sachkundigen alle diejenigen zur Annahme verpflichtet, welche die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausüben oder die zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt sind.

Alle nicht erwähnten Kantone entbehren (mangelhafterweise) jeder Vorschrift über die Begutachtungspflicht.

V. Als eine Garantie für möglichst zuverlässige und unparteiische Begutachtung verlangen 16 Kantone ähnlich wie beim Zeugnisse die Beeidigung der Sachverständigen, wenn die letztern nicht bereits in Eid und Pflicht stehen. So *Bern* (§ 185), *Luzern* (§ 171 und 178), *Uri* (§ 34), *Schwyz* (§ 259), Entwurf (§ 215), *Glarus* (§ 147), *Freiburg* (Art. 426), *Solothurn* (§ 237), *Baselland* (§ 139), *Aargau* (§ 209), *Thurgau* (§ 187 hier nur beim mündlichen Gutachten), *Tessin* (Art. 254), *Waadt* (Art. 266), *Wallis* (Art. 273) und *Genf* (in den in Art. 222 vorgesehenen Fällen). Hiebei ist hervorzuheben, dass die Beeidigung überall vor Beginn der Tätigkeit und nur im Kanton *Luzern* erst nach abgelegtem Gutachten stattfindet, dass sie ferner im *bundesgerichtlichen* Civilprozess (Art. 126) sowie in *Luzern* und *Solothurn* nur vorgenommen wird, wenn es die Parteien ausdrücklich verlangen, und in *Bern* erlassen wird, wenn die beiden Parteien freiwillig darauf verzichten, und dass drittens die Anordnung derselben in *Baselland* in das Ermessen des Richters („unter Umständen") gelegt ist. Endlich ist noch zu bemerken, dass in *St. Gallen* (Art. 171) und in *Graubünden* (Art. 197) an Stelle der Vereidigung die Ablegung eines Handgelübdes an Eidesstatt tritt, im erstgenannten Kantone allerdings nur auf Verlangen der Parteien. Im *schwyzerischen* Entwurfe (§ 215) ist das Handgelübde als Facultativum neben der Vereidigung aufgestellt. [106])

Die andern Kantone verzichten auf dieses Garantiemittel, ja *Neuenburg* sieht sich veranlasst, in Art. 257 die Vereidigung ausdrücklich zu verbieten („Les experts ne sont pas assermentés"). Wie es sich *bundesstaatsrechtlich* mit der obligatorischen Vereidigung verhalte, soll unten bei der Behandlung des Zeugeneides erörtert werden.

---

[106]) Auch im Kanton *Aargau* kann seit 1875 für diejenigen, welche aus religiösen Gründen oder wegen Glaubensansichten den Eid nicht leisten wollen, das Handgelübde an die Stelle der Vereidigung treten. Grossratsbeschluss vom 26. August 1875 (vgl. unten § 27).

VI. Recht bunte Bestimmungen finden wir über die Voraussetzungen der Oberexpertise. Bald wird eine solche ohne weiteres zugelassen auf das blosse Verlangen einer Partei, bald nur unter der Voraussetzung, dass die zuerst bestellten Sachverständigen in ihren Meinungen auseinandergehen, bald aber auch nur dann, wenn die ersten Sachverständigen sich als ihrer Aufgabe nicht gewachsen oder als befangen erzeigt haben, und endlich kennen einige Kantone nur eine zur aufklärenden Ergänzung angeordnete zweite Expertise. Sodann differiren die Gesetze darin, dass sie eine Oberexpertise nur von Amtswegen oder nur auf Verlangen der Partei oder auch sowol von Amtswegen als auch auf Antrag der Parteien zulassen. Immerhin ist zu konstatiren, dass die Oberexpertise in keinem Kantone als eigentliche Gegenbeweisführung aufgefasst wird, und damit erscheint von Neuem die Beweismittelqualität der Expertise als in ihren Grundlagen erschüttert, denn gegen jede wahre Beweisführung muss es eine Gegenbeweisführung geben.

Die welschen Kantone *Freiburg* (Art. 423), *Waadt* (Art. 274), *Neuenburg* (Art. 256) und *Genf* (Art. 228) stehen auf dem zuerst genannten Standpunkte. *Freiburg* und *Waadt* bestimmen nämlich übereinstimmend, dass jede Partei das Recht habe, eine zweite Expertise zu verlangen; zugleich fügen sie aber hinzu, dass auch der Richter von Amtswegen eine solche anordnen könne; *Neuenburg* und *Genf* knüpfen den letztern Fall an die wol selbsverständliche Bedingung: si le Président (vor welchem hier die Expertise stattfindet) ne se juge pas suffisamment éclairé. Ausserdem enthalten die zwei letztgenannten Kantone noch die Bestimmung, dass die zweite Expertise entweder denselben Experten oder neuen übertragen werde, je nach Ermessen des Richters. Man könnte hier am ehesten versucht sein, die Oberexpertise als Gegenbeweismittel aufzufassen, weil dieselbe an keine besondern Bedingungen geknüpft ist, sondern auf den blossen Antrag einer Partei angeordnet werden muss; allein dagegen spricht sofort der Umstand, dass

ja beide Parteien, also auch der Beweisführer, d. h. nach der richtigen Auffassung diejenige Partei, welche den Richter zu der Anordnung veranlasst hat, selber das Recht hat, eine neue Expertise zu verlangen. Das ist aber mit der Natur des Gegenbeweises vollständig unvereinbar.

Die Mehrzahl der Kantone lassen eine Oberexpertise nur zu, wenn die für die erste Expertise ernannten Sachkundigen in ihren Ansichten von einander abweichen. *Luzern* (§ 177) und *Aargau* (§ 217) sagen übereinstimmend:

> Würden unter drei Sachverständigen nicht zwei, oder unter vier und mehreren nicht die absolute Mehrheit sich zu einer Ansicht vereinigen, so soll die Begutachtung mit Zuziehung anderer Sachverständigen wiederholt werden, oder aber, mit Beseitigung der frühern, | andere Sachverständige ernannt, und von diesen die Begutachtung neuerlich vorgenommen werden. ¦ Var. von *Aargau*: durch andere Sachverständige stattfinden.

Ähnlich *St. Gallen* (Art. 173), wo eine Oberexpertise dann (von Amtswegen) angeordnet wird, wenn nach Beiziehung eines Obmanns noch alle drei Sachverständigen verschiedener Ansicht sind, oder der Richter in die Richtigkeit des Mehrheitsgutachtens Zweifel setzt. Hier müssen aber stets drei neue Experten ernannt werden. In *Schwyz* (§ 263), *Obwalden* (Art. 92) und *Zug* (§ 99) wird unter der nämlichen Voraussetzung, dass die Sachverständigen in ihrem Befunde (damit soll unzweifelhaft das Gutachten überhaupt gemeint sein) von einander abweichen, ein Obmann bestellt, welcher allein die Oberexpertise abzugeben hat. Eigenthümlich ist der *schwyzerischen* Bestimmung, dass hiebei die Wahl des Obmanns in erster Linie den bisherigen Sachverständigen und erst für den Fall, dass sich diese nicht auf eine und dieselbe Persönlichkeit einigen können, dem Richter zusteht! Der *schwyzerische* Entwurf hat mit Recht diese sonderbare Regulirung verworfen und dem Richter allein die Ernennung des Oberexperten übertragen.

Baselland bestimmt, dass eine Oberexpertise angeordnet werde, wenn sich die Sachverständigen nicht einigen oder ihr Befund (= Gutachten) mit Grund angefochten werde.

Alle diese Kantone legen die Anordnung der Oberexpertise ausschliesslich in das Ermessen des Richters, obschon dies mit der Beweismittelnatur kaum vereinbar ist. Es manifestirt sich hierin wiederum die wahre juristische Bedeutung der Expertise als eines richterlichen Hilfsmittels.

Das zeigt sich auch im *bundesgerichtlichen* Civilprozesse (Art. 128) sowie in den Kantonen *Zürich* (§ 407), *Baselstadt* (§ 153), *Schaffhausen* (§ 264), Entwurf (§ 319), *Appenzell A.-Rh.* (§ 97), *Graubünden* (Art. 202) und *Thurgau* (§ 187 Abs. 2), wo eine Oberexpertise nur verfügt werden kann, wenn der Richter das erste Gutachten für ungenügend erachtet oder, wie *Zürich*, *Schaffhausen* und *Thurgau* sich ausdrücken, wo es sich herausstellt, dass die Experten ihrer Aufgabe nicht gewachsen sind oder ihnen der Wille hiezu oder die nötige Unbefangenheit abgeht (*Thurgau* § 187: wenn die Experten ihrer Aufgabe nicht gewachsen sind oder sie die Erfüllung ihrer Pflichten offenbar vernachlässigen).

Die Kantone *Bern* (§ 190)[107] und *Tessin* (Art. 257) und der *aargauer* Entwurf (§§ 266 f.) endlich kennen gar nur das Recht des Richters, von den nämlichen Experten Aufklärungen zu verlangen. Von „Oberexpertise“ kann hier kaum mehr gesprochen werden.

Am evidentesten geht die wahre Natur der Expertise aus den Bestimmungen der §§ 398 und 408 der *zürcherischen* C. P. O. hervor, wonach dem Richter die Befugnis eingeräumt ist, die Sachverständigen zur Urteilsfällung mit beratender Stimme beizuziehen, eine Fakultät, welche sich in der *zürcherischen* Gerichtspraxis als sehr zweckmässig und wertvoll erweist, wie mir von Praktikern mitgeteilt wird.

---

[107]) *Bern* kennt eine eigentliche Oberexpertise nur für die Appellationsinstanz (§ 192).

Als ein Mangel ist es zu bezeichnen, wenn die Kantone *Nidwalden, Glarus, Solothurn* und *Appenzell I.-Rh.* gar keine Vorschriften über die Zulässigkeit und die Art der Oberexpertise aufstellen.

VII. Über die Wirkung, welche die Expertise auf die Bildung des richterlichen Urteils ausübt, finden sich auffallenderweise nur in der Hälfte der Kantone besondere Vorschriften. Entsprechend der Behandlung als Beweismittel muss hier von Beweiskraft der Expertise gesprochen werden. Diese ist im Sinne des ältern gemeinen Rechtes nur in den Kantonen *Luzern* und *Aargau* (§ 216) geregelt, die Folgendes bestimmen:

> Zu einem vollständigen Beweise durch Sachverständige wird das übereinstimmende Gutachten zweier derselben (*Aargau* fügt hinzu: über jede zu erweisende Eigenschaft) erfordert. Bei vier oder mehr Sachverständigen entscheidet die absolute Mehrheit derselben.

Der Richter ist demnach unter den hier angeführten Voraussetzungen an die Ansicht der Experten durchaus gebunden, muss also sein Urteil vollständig auf das Gutachten stützen.

Nicht so streng sind *St. Gallen* (Art. 166) und *Tessin* (Art. 257). Im erstgenannten Kanton bildet das übereinstimmende Gutachten zweier Sachverständiger oder einer Mehrheit solcher nur so weit „einen rechtlichen Beweis“, als der Richter selbst die Begründung des Gutachtens als zuverlässig erkennt. Damit scheint *St. Gallen* auf dem gleichen Standpunkte zu stehen, den *Tessin* einnimmt, indem letzteres genau unterscheidet zwischen der Beweiskraft des Befundes und derjenigen des aus dem letztern abgeleiteten Gutachtens, und mit Bezug auf den erstern den Richter, vorbehältlich des Rechtes, über die zu begutachtende Tatsache vorher noch Aufklärung zu verlangen, bindet, während die Folgerungen der Experten unverbindlich sind. Art. 257 sagt nämlich:

> Il giudizio concorde di tre periti fa piena prova della verificazione del fatto (Befund), tranne quando

il fatto stesso sembrasse al giudice non abbastanza schiarito; nel qual caso potrà ordinare che siano dati ulteriori schiarimenti dai medesimi periti.

§ 1. In ogni caso però le induzioni (das Gutachten im engern Sinne) che i periti tanto ad unanimità, che a pluralità di voti, traggono dalla verificazione dei fatti, non obbligano i giudici ad attenervisi, ogni volta che essi nella loro prudenza non ne siano convinti.

In *Obwalden* (Art. 92) und *Zug* (§ 49) ist nur das Obergutachten bindend („massgebend") für den Richter.

Ganz frei in der Würdigung des Gutachtens erklären dagegen den Richter ausdrücklich die Kantone *Zürich* (§ 408), *Bern* (§ 191), *Baselstadt* (§ 153), *Schaffhausen* (§ 265), (im Entwurf fehlt diese Bestimmung), *Appenzell A.-Rh.* (§ 97) und *I.-Rh.* (Art. 8 Abs. 2 der Verordnung über das Beweisverfahren), *Aargau* Entwurf (§ 270), *Thurgau* (§ 189) und *Neuenburg* (Art. 259: L'avis des experts ne lie pas le Tribunal). Der *schwyzerische* Entwurf (§ 224) sagt sehr gût, die Beweiskraft beruhe auf der Schlüssigkeit des Gutachtens und auf der Übereinstimmung [108]) der Sachverständigen, und behält ebenfalls die Würdigung im allgemeinen dem freien Ermessen des Richters vor. Während der letztere nicht in der Lage ist, über Dinge, zu deren Beurteilung ihm die nötigen Kenntnisse fehlen, ein selbständiges eigenes Urteil abzugeben, wird er wol im Stande sein, die Folgerungen, welche die Sachverständigen aus dem Befunde ziehen, auf ihre Schlüssigkeit nach den Gesetzen der Logik und der Vernunft überhaupt zu prüfen.

Alle übrigen Kantone schweigen über die Beweiskraft der Expertise. Hiebei ist aber zu bemerken, dass die Kantone *Freiburg* (Art. 296), *Solothurn* (§ 223) und *Baselland* (§ 115) das Prinzip der freien Beweiswürdigung ganz allgemein aufstellen, so dass kein Zweifel darüber bestehen kann, dass das

[108]) In der Tat bildet die Übereinstimmung verschiedener Sachverständiger ein schwer in die Wagschale fallendes Moment für die Richtigkeit und Schlüssigkeit des Gutachtens.

Gutachten auch hier der freien richterlichen Würdigung anheimgegeben ist.

Als wesentliches Erfordernis für die Beweiskraft der Expertise schreiben verschiedene Kantone die Ernennung einer bestimmten Zahl von Sachverständigen vor. So müssen in *Luzern* (§ 169) je nach Wichtigkeit und Schwierigkeit der Sache zwei oder drei, in *Zug* (§ 97) stets zwei und in *Wallis* (Art. 270) „mindestens" zwei Experten ernannt werden. Im *bundesgerichtlichen* Civilprozesse (Art. 123) und in *Bern* (§ 183) sind stets drei zu ernennen, wenn sich die Parteien nicht auf eine geringere Zahl vereinigen; *Freiburg* (Art. 409), *Aargau* (§ 205), *Tessin* (Art. 253), *Genf* (Art. 216) bestellen drei und *St. Gallen* (Art. 168) zwei Experten, wenn sich die Parteien nicht auf einen einzigen verständigen; in *Freiburg* und *Genf* wird überhaupt nur ein einziger ernannt, wenn es sich um einen minder wichtigen Gegenstand handelt.

Ohne eine bestimmte Zahl zu nennen, setzen doch mehrere Sachverständige voraus die Kantone *Schwyz* (§§ 262 ff.), *Obwalden* (Art. 92 f.), *Solothurn* (§ 239), *Baselland* (§ 131) und *Aargau* Entwurf (§ 255), in den zwei letzten Kantonen sind in der Regel mehrere, bei Gegenständen geringfügiger Natur dagegen ist nur einer zu ernennen. In *St. Gallen* (Art. 168) wird gesagt, dass die Parteien auf das Gutachten eines einzelnen abstellen oder sich auf mehrere vereinigen können. Ebenso steht es in *Graubünden* (Art. 196) den Parteien frei, sich auf eine beliebige Anzahl zu vereinbaren.

Die Kantone *Zürich* (§ 395), *Baselstadt* (§ 149), *Schaffhausen* (§ 255), Entwurf (§ 265), *Thurgau* (§ 186), *Waadt* (Art. 266) und *Neuenburg* (Art. 247) überlassen es richtigerweise dem Ermessen des Richters, je nach der Natur des Falles einen oder mehrere Sachverständige zu ernennen; nur *Neuenburg* schreibt als Maximum die Zahl drei vor.

Uri, *Nidwalden* und beide *Appenzell* bestimmen gar nichts über die Zahl der zu ernennenden Sachverständigen.

* * *

Ein wahres Chaos von widersprechenden Normirungen haben wir hier vor Augen. Juristische Konsequenz ist nur in den wenigsten Kantonen zu finden (so wenig übrigens, wie in den meisten ausländischen Gesetzgebungen). Eine Menge von Divergenzen in den untergeordnetsten Punkten machen sich geltend, die zum Teil blossen Zufälligkeiten ihre Entstehung verdanken, zum Teil sich aus der zeitlichen Stellung, welche die betreffenden Prozessgesetze einnehmen, erklären lassen. Die wichtigern d. h. prinzipiellen Verschiedenheiten ergeben sich einerseits ebenfalls aus dieser zeitlichen Stellung, so die gemeinrechtliche Normirung der Beweiskraft in *Luzern* und *Aargau*, andererseits sind sie lediglich der Ausfluss aus der verschiedenen Auffassung der juristischen Natur der Expertise, wie oben bei den einzelnen Punkten wiederholt angedeutet worden ist. Die Tendenz geht aber deutlich erkennbar dahin, der Expertise die richtige Würdigung als eines reinen richterlichen Hilfsmittels allmälig zu Teil werden zu lassen, wenn dies auch allerdings vorläufig noch unter einer falschen Flagge geschieht. Keineswegs darf man daraus, dass die Expertise fast überall von Amtswegen angeordnet werden darf, etwa den Schluss ziehen, dass hier ein Durchbruch des Verhandlungsprinzipes und ein Übergang zur Inquisitionsmaxime zu konstatiren sei. Vielmehr offenbart sich hierin nur die wahre Natur der Expertise und es sollte endlich auch die Gesetzgebung, nachdem ihr die Wissenschaft schon so lange den richtigen Weg gewiesen, zu der Erkenntnis kommen, dass es sich bei der Expertise durchaus nicht um ein Beweismittel handelt, — und demgemäss den Sachverständigen die ihnen gebührende Stellung vollständig und in allen ihren Konsequenzen einräumen.

Erster Abschnitt.

Die einzelnen Beweismittel.

Erstes Kapitel.

Der Augenschein.

§ 17.

Der Augenschein (inspection oculaire, inspection de l'objet litigieux, vision locale ou descente sur les lieux, transport des juges sur les lieux, accesso, visita sul luogo) verrichtet im Civilprozesse eine zweifache Funktion. Einmal kommt er zur Anwendung als Aufklärungsmittel für den Richter, wie oben in § 6 B (pag. 35) ausgeführt worden ist, sodann aber auch als Beweismittel für die Partei. In § 15 ist dargestellt worden, dass der Augenschein stets dann die Natur eines Beweismittels annimmt, wenn derselbe den Richter durch die unmittelbare Wahrnehmung des Augenscheinsobjektes von der Existenz einer bestrittenen Tatsache überzeugen soll.

Die Theorie des alten gemeinen Civilprozesses hat diese Doppelfunktion des Augenscheins nicht immer anerkannt. Vielmehr behaupteten die einen Schriftsteller, der Augenschein sei stets nur Beweismittel und deshalb nur auf Antrag einer Partei zulässig, [109]) während andere ihn nur zur Aufklärung über

---

[109]) So namentlich die Prozessualisten früherer Jahrhunderte. Vgl. *Endemann*, Beweislehre, p. 83, Note 14.

bereits aktenmässig festgestellte Tatsachen zulassen wollten und deshalb für stets von Amtswegen anwendbar erklärten.[110]) Als Hauptvertreter der richtigen Ansicht sind *Bayer*[111]) und *Renaud*[112]) zu bezeichnen.[113]) Ersterer unterscheidet bei dem Offizialaugenschein zwei verschiedene Fälle, indem er den Augenschein von Amtswegen zulässt, wenn

a) der Richter eines Augenscheins bedarf, um sich von dem Objekte, welches die Parteien in ihren Vorträgen beschrieben haben, eine klare Vorstellung zu verschaffen, was namentlich bei Grenz-, Baustreitigkeiten u. dgl. sehr oft der Fall sein werde,

oder

b) das zu besichtigende Objekt ohnehin schon dem Richter vorgelegt worden ist, in welchem Falle die Vorlage als stillschweigende Aufforderung zum Besichtigen betrachtet werden müsse.

Dieser zweite Fall ist jedoch eine Art des Beweisaugenscheins, denn indem die Partei selber ein Objekt der Wahrnehmung des Richters zuführt, vermittelt sie dem letztern die Existenz der in diesem Objekte sich offenbarenden bestrittenen Tatsache und führt damit einen Beweis. Einer Aufforderung

---

[110]) So schon *Gönner*, Handbuch, Bd. II, XXXVII, §§ 19 f. und XLIV §§ 1 ff.; sodann hauptsächlich *Wetzell*, System, § 44, Ziffer 1; *Endemann*, Beweislehre, p. 82. — Der Standpunkt *Heuslers* ist oben § 15 (Eingangs) erörtert worden. Er ist übrigens mit demjenigen *Gönners* so zu sagen identisch.

[111]) *Bayer*, Vorträge, § 248, p. 821.

[112]) *Renaud*, Lehrbuch, § 109: . . . „Der richterliche Augenschein ist Beweismittel, kann jedoch auch in anderer Eigenschaft vorkommen und von Amtswegen vorgenommen werden, um dem Richter eine klare Auffassung des aktenmässigen Materials zu ermöglichen." . . .

[113]) In neuerer Zeit hat auch *Wach* diesen Standpunkt verteidigt, indem er es als in der Urteilsaufgabe des Richters liegend bezeichnet, einen Augenschein zur Aufklärung über den Parteiwillen einzunehmen, während im Übrigen der Augenschein nur zur Beweisaufnahme diene. Krit. Vierteljahrsschrift, XIV, p. 334 ff.

zur Besichtigung bedarf es in solchem Falle gar nicht, da gerade in der Vorlegung des Objektes die Beweisführung (sei sie antizipirt oder nicht) liegt. Ein Augenscheinsobjekt, das in dieser Art benutzt wurde, ist z. B. jener Hund bei *Eck*, [114]) der sich, nachdem er in das Gerichtszimmer geführt worden, plötzlich von der Leine losriss, an seinen Herrn, um dessen Eigentum an dem Hunde es sich handelte, emporsprang, dessen Hände beleckte und jedem Befehle desselben gehorchte. Dieser sich unmittelbar vor den Augen des Richters abspielende Vorgang bildete gewiss ein nicht zu unterschätzendes Indicium für die zu beweisende Tatsache, und zwar ohne dass die beweisführende Partei den Richter zur Beobachtung desselben hätte auffordern müssen. Überhaupt gehört es nicht zum Kriterium des Beweisaugenscheins, dass der Beweisführer den Richter zur Wahrnehmung des Augenscheinsobjektes auffordert, oder die Beaugenscheinigung beantragt, denn eine solche Aufforderung oder Beantragung kann auch beim Offizialaugenschein der Partei nicht verwehrt werden; sondern das Wesen desselben liegt darin, dass der Beweisführer dem Richter die Möglichkeit der Wahrnehmung der bestrittenen Tatsache, verbunden mit der Erklärung, von dieser Möglichkeit zum Zwecke einer Beweisführung Gebrauch machen zu wollen, vorlegt. In diesem letztern Sinne muss jedenfalls auch der gesetzliche Ausdruck der Einnahme des Augenscheins „auf Antrag" verstanden werden. Präcis ist dieser Ausdruck allerdings nicht, allein er entspricht der Erfahrungstatsache, dass der Beweisaugenschein gewöhnlich erst auf Antrag angeordnet wird (obschon er durch die sofortige Vorlage des Augenscheinsobjektes in loco iudicii auch antizipirt werden kann), während der ex officio zur Aufklärung eingenommene Augenschein einen Parteiantrag nicht voraussetzt (aber auch nicht ausschliesst).

[114]) *Eck E.*, Die neue deutsche Civilprozessordnung, Berlin 1873, p. 28.

In der Schweiz scheint der Augenschein in den Kantonen *Bern* (§ 181: „Der Augenschein bezweckt die Erwahrung einer Tatsache durch die eigene Sinneswahrnehmung des Gerichtes"...), *Solothurn* (§ 231), *St. Gallen* (Art. 161) und *Appenzell I.-Rh.* (Verordnung über das Beweisverfahren, Art. 1) nur als Beweismittel zulässig zu sein, da er hier nur auf Antrag angeordnet werden kann. (Vgl. oben § 6 pag. 35.) Zweifelhaft ist dies allerdings mit Bezug auf *St. Gallen*, wo gesagt wird:

> Augenscheine dürfen nur in solchen Fällen begehrt werden, in welchen die Ausmittlung besonderer Zustände und Verhältnisse von Streitgegenständen oder Örtlichkeiten notwendig ist.

Diese Ausdrucksweise lässt sich auch so denken, dass hier der Richter den Augenschein ebenfalls informationis causa einnehmen darf, aber ein diesbezügliches Begehren einer Partei abwarten muss. Rationell wäre dies allerdings nicht, da der Richter zur blossen Ausübung seines officium (wozu doch die Information über den wahren Parteiwillen gehört) einer Aufforderung durch die Partei nicht bedürfen sollte.

Wie sich der Kanton *Glarus* zum Augenschein verhält, ist oben in § 6 (pag. 35 f.) ausgeführt worden. Nach § 163 Ziff. 5 wird er prinzipiell zu den Beweismitteln gezählt.

In gleicher Weise wird der Augenschein prinzipiell als Beweismittel behandelt von den Kantonen *Luzern* (§ 160: „Da wo der Beweis eines Tatbestandes in der streitigen Sache selbst wesentlich enthalten ist und es die Wahrnehmung durch die Sinne bedarf, um sich von der Wahrheit einer bestrittenen Behauptung zu überzeugen" . . .), *Uri* (§ 32), *Schwyz* (§ 237: „Vermittelst des Augenscheines sucht der Beweisführer das Gericht durch die unmittelbare sinnliche Wahrnehmung von der Wahrheit einer bestrittenen Behauptung zu überzeugen, indem er demselben den Streitgegenstand wirklich vor Augen bringt." = Entwurf § 202), *Schaffhausen* (§ 248 gleich wie *Luzern*) und Entwurf (§ 262), *Graubünden* (Art. 204), *Thurgau*

(§ 177: „Der Augenschein bezweckt die Erwahrung einer Tatsache durch die eigene Anschauung und Beobachtung von Seite des Gerichts"), *Tessin* (Art. 243: „Occorrendo per la definizione della quistione l'oculare ispezione del giudice, può il giusdicente ordinare l'accesso tanto d'ufficio che a richiesta di una delle parti."). *Neuenburg* spricht in Art. 307 von einer preuve par vision locale ou descente sur les lieux, die nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amtswegen angeordnet werden kann. Der Kanton *Waadt* zählt (in Art. 193) unter den Beweismitteln den Augenschein nicht auf, enthält aber dennoch unter Sect. VI im Abschnitte über das Beweisverfahren die inspection de l'objet litigieux, welche auf Antrag wie von Amtswegen eingenommen werden kann (Art. 278). — Alle diese Kantone anerkennen den Augenschein in seiner Natur als Beweismittel; indem sie ihn aber ohne jede Auseinanderhaltung mit seiner Eigenschaft als blosses Informationsmittel auch stets von Amtswegen zulassen, begehen sie einen grossen Fehler. Während sie nämlich das Prinzip der freien richterlichen Forschung abweisen, kann es leicht dazu kommen, dass der Richter im Widerspruch hiezu (allerdings nur in Verkennung der eigentlichen Meinung des Gesetzgebers) auch zum Beweise für eine der Parteien einen Augenschein ex officio anordnet.

Einzig der Kanton *Aargau* unterscheidet in richtiger Weise die Beweisfunktion des Augenscheins von der blossen Informationsnatur desselben, indem er in § 221 (in Anlehnung an den Wortlaut des § 554 der *badischen* C. P. O. von 1831) den Augenschein nur dann ex officio anordnen lässt, wenn er an dem Streitgegenstande selbst (d. h. wol an dem von den Parteien bereits in den Prozess eingeführten) oder an einem zur Aufklärung der Sache dienenden Gegenstande, auf welchen sich die Partei berufen hat, zum Behufe der Beurteilung des Streites für notwendig ansieht.

Umgekehrt wird der Augenschein im Kanton *Appenzell A.-Rh.* in Verkennung der Beweismittelnatur desselben nur als Informationsmittel betrachtet, indem hier in § 92 bestimmt wird:

Der Augenschein findet statt, wenn das Gericht oder die gerichtliche Kommission eines solchen bedarf, um sich von dem Gegenstande eine klare Vorstellung zu verschaffen . . .

Ebenso gehen auch die Kantone *Obwalden* (Art. 85) und *Zug* (§ 89) von der Informationsnatur aus, indem hier der Augenschein eingenommen wird in Fällen, wo Pläne, Baurisse u. dgl. dem Richter k e i n e n d e u t l i c h e n B e g r i f f von dem streitigen Gegenstande geben können, lassen ihn aber ausdrücklich „auf Verlangen einer Partei“ oder von Amtswegen zu. Soll auch der Antragsaugenschein nur zur Aufklärung des Richters dienen, wie aus dem angeführten Wortlaute der Gesetze wol zu schliessen ist, so ist die ausdrückliche Erwähnung des Parteiantrages vollständig überflüssig, da ihr durchaus keine juristische Bedeutung zukommt.

Die Kantone *Zürich* (§ 392) und *Baselland* (§ 126) lassen den Augenschein von Amtswegen oder auf Antrag zu zur „Besichtigung von Gegenständen, deren Beschaffenheit möglicherweise für die Beurteilung des Rechtsstreites von Bedeutung ist“, und nehmen damit in Anlehnung an die gleichlautende Bestimmung des Art. 121 der *bundesgerichtlichen* Civilprozessordnung einen ganz verschwommenen Standpunkt ein, da sich danach nicht sicher erkennen lässt, ob der Augenschein hier nur informationis causa oder auch zum Zwecke einer Beweisführung eingenommen werden kann. Überdies scheinen diese beiden Kantone den Begriff des Augenscheins in theoretisch durchaus unzulässiger Weise auf den Fall zu beschränken, wo die Wahrnehmung des Augenscheinsobjektes ausserhalb des Gerichtslokales stattfinden muss, indem sie die Gegenstände als solche definiren, welche sich nicht leicht in das Gerichtslokal bringen lassen *(Zürich)* oder sich nicht leicht von der Stelle bewegen lassen. Gewiss bleibt die richterliche Wahrnehmung dieselbe, ob sie intra oder extra locum iudicii erfolgt! Auch der *aargauische* Entwurf (§ 271) leidet an Unklarheit, da er den Augenschein „zur Klarstellung des tatsächlichen oder recht-

lichen Verhältnisses" auf Antrag oder von Amtswegen zulässig erklärt.

Die Kantone *Freiburg* (Art. 297), *Baselstadt* (§ 126), *Wallis* (Art. 268) und *Genf* (Art. 229), welche die freie richterliche Forschung als subsidiäres Mittel zum Zwecke der unbedingten Erforschung materieller Wahrheit zulassen, kennen den Augenschein als jederzeit von Amtswegen zuzulassendes Erkenntnismittel. Nach dem früher erörterten Standpunkte lässt sich auch hier dessen Doppelfunktion wol unterscheiden, da hier der Richter auch als Beweissubjekt auftreten kann. Ob aber diese Verschiedenheit der Funktionen in der Praxis dieser Kantone richtig aufgefasst und durchgeführt werde, kann ich nicht sagen.

Im Gesetzbuche des Kantons *Nidwalden* ist über den Augenschein gar nichts zu finden.

Der Augenschein ist im Eingange des § 15 als das zuverlässigste Beweismittel bezeichnet worden, weil die auf die eigene Wahrnehmung gegründete Überzeugung des Richters die denkbar beste ist. Dieser Umstand ist es zweifelsohne, welcher uns erklärt, warum fast alle Kantone, selbst diejenigen, welche noch ganz auf dem Boden der gemeinrechtlichen Beweistheorie stehen, keine Bestimmungen über die Beweiskraft des Augenscheins aufstellen. Es schien doch zu gewagt, dem Richter darüber, ob er eine von ihm selbst wahrgenommene Tatsache für existent zu halten habe oder nicht, besondere Vorschriften aufzustellen. Nur die beiden Kantone *Bern* (§ 191) und *Freiburg* (Art. 305) erklären, dass die durch den Augenschein ermittelten Tatsachen von dem Gerichte als rechtliche Wahrheit angenommen werden sollen *(Bern)*, la constatation et l'appréciation de faits par l'inspection des lieux constituent une vérité juridique *(Freiburg.)*

* * *

Die obigen Ausführungen dürften ergeben haben, dass die Lehre vom Augenschein einer legislativen Revision im Sinne einer genauen Auseinanderhaltung der beiden möglichen Funktionen desselben dringend bedürftig ist. Nur ein einziger Kanton (*Aargau*) huldigt der richtigen Auffassung, während die übrigen alle einseitigerweise bald die Beweismittelnatur, bald die Informationsnatur desselben allzu sehr in den Vordergrund drängen.

Zweites Kapitel.

Die Urkunden.

§ 18.

I. Begriff und Arten.

I. Der **Begriff** der Urkunde ist heute noch Gegenstand der lebhaftesten Kontroverse. „Jedes einzelne Merkmal des Begriffes ist ebenso bestritten, wie der Grundgedanke, auf welchem er beruht," sagt mit vollem Rechte *v. Liszt.* [115]) Bald werden die Urkunden als leblose Gegenstände, welche zur Erhaltung des Andenkens an eine vorübergehende Begebenheit, oder zur Offenbarung eines Gedankens, oder eines bestimmten Willensaktes, durch menschliche Tätigkeit entstanden sind, [116]) oder welche durch die Spuren menschlicher Tätigkeit, die sie an sich tragen, auf die richterliche Überzeugung einzuwirken geeignet sind, [117]) bezeichnet, bald wird unter Urkunde jedes einen Gedanken körperlich darstellende Zeichen verstanden; [118]) mit dem Aus-

---

[115]) *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 3. Aufl., Berlin 1888. § 160 II, p. 503.

[116]) So bei *Bayer*, Vorträge, § 250, p. 833. Der Zwischensatz „oder zur Offenbarung eines Gedankens, oder eines bestimmten Willensaktes" fehlte noch in der 7. Aufl., vgl. p. 488.

[117]) So bei *Renaud*, Lehrbuch, § 114.

[118]) So bei *Wetzell*, System, § 24. Diese Definition ist jedenfalls unvollständig. Rechtlich können nur solche Zeichen als Urkunden betrachtet werden, die einen juristisch relevanten Gedanken körperlich darstellen. Sonst müsste auch jener in den Ruinen eines Klosters am Salève bei Genf aufgefundene Stein, welcher in der Inschrift: NASCI PATI MORI

drucke „Auskunftssachen“ (als Pendant zu den Auskunftspersonen) definirt *Endemann*[119]) die Urkunden. In dieser Gruppe von Definitionen zeichnen sich die *Renaud*'sche und *Endemann*'sche bereits dadurch aus, dass sie die Prozesstüchtigkeit der Urkunde zu deren Begriff rechnen: die Urkunde muss begrifflich geeignet sein, dem Richter als Beweismittel zu dienen, sie muss beweisfähig sein. Dieses letztere Requisit betont nun neuerdings ganz besonders *Heusler*,[120]) indem er die Urkunde definirt als diejenige Aufzeichnung oder bildliche Darstellung, welche entweder den Rechtsakt selbst, oder ein darüber abgelegtes Geständnis oder ein darauf zielendes Indicium zu unmittelbarem Ausdruck in schriftlicher oder bildlicher Überlieferung bringt.[121]) Die Kriminalisten[122]) stellen einen eigenen Urkundenbegriff auf, der für das Civilprozessrecht kaum verwendet werden darf,[123]) indem sie als wesentliches Merkmal nicht die Beweisfähigkeit, sondern geradezu die Beweisbestimmung der Urkunde aufstellen. *v. Liszt*[124]) anerkennt

---

einen hübschen Gedanken verkörpert (siehe *Heusler*, a. a. O., p. 280), als Urkunde taxirt werden.

119) *Endemann*, Beweislehre, p. 253.

120) *Heusler*, a. a. O., p. 280 f.

121) Der Standpunkt *Wachs*, wonach die Urkunden nicht Beweismittel von selbständiger begrifflicher Bedeutung gegenüber den Augenscheinsobjekten und Aussagen, sondern Erscheinungsformen dieser oder jener sind, hängt aufs engste mit der Auffassung zusammen, die *Wach* von dem Augenscheinsobjekt hat. Vgl. oben § 15, pag. 117 (*Wach*, Vorträge, p. 153).

122) So *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 13. Aufl., Leipzig 1884, p. 564 („Der Begriff der Urkunde ist auf Gegenstände zu beschränken, welche zum Beweise oder zur Beglaubigung bestimmt sind.“); *v. Liszt*, Lehrbuch, § 160 II, p. 503 (. . . „jeder der Sinnenwelt angehörige Gegenstand, welcher zu dem Zwecke angefertigt ist, durch seinen Inhalt eine rechtserhebliche Tatsache zu beweisen“); *Hugo Meyer*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., § 170, p. 593 (. . . „jeder Gegenstand, welcher durch einen massgebenden Willen in erkennbarer Weise die Bestimmung erlangt hat, zum Beweise einer Tatsache zu dienen“).

123) Anders *Wendt*, a. a. O., p. 318, welcher die Definition *Hugo Meyers* zu der seinigen macht.

124) *v. Liszt*, a. a. O.

aber ausdrücklich, dass seine Definition nur für das Strafrecht gelte, während im Prozessrechte eine andere Definition nötig sei, und *Berner*[125]) erklärt dieses dem Strafrecht eigentümliche Requisit einleuchtend damit, dass gerade jene Bestimmung der Urkunde es sei, welche ihr erst diejenige Bedeutung für die fides publica gebe, welcher der Strafschutz gelte. In der Tat muss das Merkmal der Beweisbestimmung für den civilprozessualen Begriff der Urkunde verworfen werden,[126]) denn es ist klar, dass Schriftstücke, welche durchaus nicht zum Beweise einer rechtserheblichen Tatsache bestimmt worden sind, dennoch als Beweismittel für eine in demselben verkörperte relevante Tatsache dienen können (man denke an die Rolle, welche ein ganz gewöhnliches billet-doux in dem Vaterschaftsprozesse spielen kann), indem und insofern sie geeignet sind, auf die Überzeugung des Richters einzuwirken. Dagegen muss an dem Requisit der Beweisfähigkeit festgehalten werden, wenn anders der Urkundenbegriff ein juristischer bleiben und der Urkunde die Qualität eines Beweismittels zukommen soll. Der Begriff des Beweismittels verlangt, dass das letztere geeignet sei, auf die Entscheidung des Prozesses einzuwirken. Sowie daher z. B. Zeuge im Rechtssinne nur derjenige sein kann, welcher im Stande ist, dem Richter durch seine Aussage die Existenz einer vergangenen relevanten Tatsache zu überliefern, so ist Urkunde im Rechtssinne auch nur dasjenige medium, das in sich eine vergangene rechtserhebliche Tatsache, sei es einen Rechtsakt, ein aussergerichtliches Geständnis oder ein blosses Indicium in erkennbarer Weise verkörpert.

Gegen den Augenscheinsbegriff grenzt sich diese Definition dadurch ab, dass sie eine vergangene Tatsache voraus-

[125]) *Berner*, a. a. O.

[126]) Es ist deshalb auch nicht nötig, hier auf die scharfsinnigen Erörterungen einzugehen, die in neuerer Zeit *v. Buri* und *John* über den strafrechtlichen Begriff der Urkunde angestellt haben. — Über einen Fall

setzt, während der Augenschein begrifflich eine in der Gegenwart fortdauernde und vor den Augen des Richters sich abspielende Tatsache verlangt, und dass die Urkunde nicht die zu beweisende Tatsache selbst ist, sondern das medium, welches die letztere vermittelt, verkörpert. Handelt es sich in einem Prozesse darum, ob eine bestimmte Wechselobligation existire oder nicht, so ist in diesem Prozesse die streitige Wechselurkunde nicht Urkunde im Rechtssinne, sondern Augenscheinsobjekt, denn sie bildet die zu beweisende Tatsache selbst, indem das Wechselpapier nicht blos die vergangene Tatsache beweist, dass eine Wechselverbindlichkeit einmal eingegangen worden ist, sondern auch (und in erster Linie) die in der Gegenwart fortdauernde Tatsache, dass die Wechselverbindlichkeit noch existirt, darstellt. Handelt es sich aber darum, zu wissen, ob der A dem B 100 schuldig sei, so ist die Urkunde, in welcher A dem B 100 verspricht, Urkunde im Rechtssinne, denn sie verkörpert die der Vergangenheit angehörende Tatsache, dass A dem B einmal 100 versprochen hat; damit ist selbstverständlich nicht erwiesen, dass A dem B 100 gegenwärtig, d. h. im Momente der gerichtlichen Verhandlung, noch schuldig sei; wäre das letztere der Fall, dann wäre die Bekenntnisurkunde wiederum nicht Urkunde, sondern Augenscheinsobjekt, weil dann dem Schuldschein dieselbe juristische Natur beiwohnte, welche dem Wechsel, überhaupt den Scripturrechten, eigen ist.

Diese rein theoretischen Erörterungen, die in einer Darstellung des positiven schweizerischen Beweisrechtes leicht als hors d'oeuvre angesehen werden könnten, waren notwendig, weil einmal nur auf Grundlage derselben eine selbständige Kritik der in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung ausnahmsweise legislativ regulirten Definitionen des Urkundenbegriffes erfolgen kann und sich sodann aus denselben auch

---

aus dem *schweizerischen* Strafrechte vgl. *Meili*, Die Fälschung einer telegraphischen Depesche. Rechtsgutachten, Zürich 1889.

für verschiedene weitere Kapitel in der schweizerischen Urkundenlehre wichtige Konsequenzen ergeben werden.

Es ist bekannt, dass Definitionen in einem Gesetzbuche sehr oft mehr Unheil als Nutzen stiften, zumal wenn es sich um Begriffe handelt, über die in der Wissenschaft grosser Streit herrscht. Das letztere ist nun bei dem Urkundenbegriffe der Fall; deshalb enthalten sich denn auch beinahe alle Civilprozessgesetze einer allgemeinen Definition desselben. Indem die Civilprozessordnungen die verschiedenen gesetzlich zulässigen Arten der Urkunden aufzählen, lassen sie meist keinen Zweifel darüber aufkommen, welche Gegenstände als Urkunden Objekte des Beweisverfahrens sein können.

Nur zwei Kantone stellen prinzipiell eine Begriffsbestimmung auf: *Baselstadt* und *Graubünden*.

Graubünden sagt in Art. 164:

> Unter Urkunden im weitesten Sinne versteht man Gegenstände, welche zum Andenken an eine vorübergehende Begebenheit oder als Zeichen eines Rechtes durch menschliche Tätigkeit verfertigt worden.
>
> Dahin gehören namentlich handschriftliche oder gedruckte Aufsätze, Rechnungen, Erklärungen und dergl. (Dokumente und Belege), ferner auch Denkmäler (Monumente) als: Marchen, Denksteine, Grabmäler, endlich Wappen, Siegel, Pläne, Risse, Zeichnungen u. s. w.

Diese Definition lehnt sich an die ältere *Bayer*'sche [127]) offenbar an; eigen ist ihr nur der Zusatz „oder als Zeichen eines Rechtes", womit der Beweismittelnatur der Urkunde wenigstens zu einem Teile in präziserer Weise Rechnung getragen wird als es bei jener Definition *Bayers* der Fall ist. Das Requisit der Beweisfähigkeit erscheint hier nicht, wenigstens nicht in klarer Gestalt, und das ist nach den obigen Ausführungen als ein Mangel zu bezeichnen. Dass die Gegenstände zu dem

---

[127]) Vide Note 116.

Zwecke, als Andenken an eine vorübergehende Begebenheit oder als Zeichen eines Rechtes zu dienen, bei ihrer Verfertigung bestimmt sein müssen, will zwar noch nicht sagen, dass die Urkunde die Beweisbestimmung in sich tragen müsse, denn nicht jedes Andenken ist zugleich auch der Beweis der Begebenheit und nicht jedes Zeichen eines Rechtes kann als Beweis dieses Rechtes betrachtet werden; allein diese Zweckbestimmung ist dennoch auch in jener Form zu verwerfen, da es bei der Urkunde nur auf ihre Beweisfähigkeit ankommt, gleichgültig, was ihr Urheber mit ihr bezweckte.

Baselstadt bestimmt in § 99:

> Unter Urkunden sind zu verstehen: Schriftstücke, durch welche der Aussteller derselben eine in direkter Beziehung zu dem obschwebenden Rechtsstreit stehende Tatsache oder vor ihm abgegebene Erklärung als wirklich geschehen bezeugt.

Es ist dies eine interessante, durchaus selbständige Definition. Sie erinnert insofern an *Heusler*, als sie offenbar jenen von *Heusler* [128]) geforderten Parallelismus zwischen Zeugen- und Urkundendefinition gesetzlich zum Ausdruck bringen soll. Die Tatsache resp. Erklärung muss in direkter Beziehung zu dem obschwebenden Rechtsstreite stehen, wie die Zeugenaussage eine direkte, d. h. auf unmittelbarer Wahrnehmung der zu erweisenden Tatsache beruhende, sein muss (keine testes de auditu, wo das audire nicht relevant ist); wie der Zeuge berichtet, so soll auch die Urkunde berichten, eine Tatsache oder eine Erklärung als wirklich geschehen bezeugen. Das Merkmal der Beweisfähigkeit liegt hier vor; es ist in dem Requisit der direkten Beziehung der Tatsache zum Prozesse zu erblicken. Auch das Merkmal der Vergangenheit der zu erweisenden Tatsache ist in dieser Definition gegeben. Was aber besonders an ihr auffällt, ist die Beschränkung des Umfanges des Urkundenbegriffes, da nur Schriftstücke Urkunden sein können.

---

128) *Heusler*, a. a. O., p. 281.

Jede andere als geschriebene (oder gedruckte) Berichterstattung über eine prozesserhebliche Tatsache ist keine Urkunde und muss wol als Augenscheinsobjekt behandelt werden, wenn sie überhaupt als Beweismittel auftreten soll. Warum soll aber ein Grabstein, dessen Inschrift dem Richter wichtigen Aufschluss über die Tatsache der Geburt und des Todes oder anderer Dinge, die rechtserheblich sind, gibt, anders behandelt werden als ein Stück Papier oder Pergament, das die Existenz einer Tatsache berichtet, vermittelt. In beiden Fällen liegt eine Verkörperung (durch die auf den Stoff gesetzten Schriftzüge) der zu erweisenden Tatsache vor, in beiden Fällen nimmt der Richter nicht (wie beim Augenschein) die Tatsache selbst, sondern eine durch die Verkörperung ermöglichte Berichterstattung, eine Vermittelung der Tatsache, wahr. Der Umstand, dass Steininschriften u. dgl. oft nicht ins Gerichtslokal gebracht werden können, sondern vom Richter an Ort und Stelle wahrgenommen werden müssen, ändert an der juristischen Natur dieser Beweismittel gar nichts; der behufs Ermöglichung der Wahrnehmung eingenommene „Augenschein“ ist lediglich Beweisaufnahmeakt und unterscheidet sich von dem Augenschein, den der Richter über eine im Gerichtssaale produzirte Urkunde vornimmt, rechtlich durchaus nicht; technisch kann hier eben von Augenschein oder Augenscheinsobjekt nicht gesprochen werden.

Es muss allerdings zugegeben werden, dass der gewöhnliche Sprachgebrauch unter Urkunden nur Schriftstücke versteht; auch die deutsche Reichscivilprozessordnung (§§ 380 ff.) scheint diesen Standpunkt einzunehmen;[129]) allein juristisch rechtfertigt es sich jedenfalls nicht, die rein äusserliche Erscheinung eines Beweismittels zum Kriterium für die Begriffsbestimmung desselben zu machen. So rechnen denn die Kantone *Bern* (§ 200),

---

[129]) Vgl. *Hellmann*, Lehrbuch, p. 528. *Fitting*, Der Reichs-Civilprozess, 6. Aufl., Berlin 1884, p. 178, sagt auf Grundlage des positiven deutschen Reichsrechtes einfach: „Urkunde ist im bürgerlichen Verfahren jedes Schriftstück.“

Luzern (§ 132), *Nidwalden* (Art. 71), *Zug* (§ 76), *St. Gallen* (Art. 142), *Aargau* (§ 142), und Entwurf (§ 198), sowie *Thurgau* (§ 165) sowol Pläne, Grundrisse, Vermessungen, Urbarien, als auch Grenzzeichen, Marksteine, Denkmäler u. s. w. ausdrücklich zu den Urkunden, indem sie jeweilen bestimmen: „Zu den Urkunden gehören ebenfalls Denkmäler" u. s. w. Eben dahin gehören auch die Kantone *Baselland* (§ 125) und der *schaffhauser* Entwurf (§ 271), indem hier die Bestimmung aufgestellt wird, dass die auf die schriftlichen Urkunden bezüglichen Bestimmungen, soweit es die Natur der Sache zulasse, „auch auf Denkmäler anderer Art" (Marksteine, Grenzzeichen, Gedächtnistafeln u. s. w.) Anwendung finden sollen;[180]) ferner sind dahin zu rechnen die Kantone *Uri* (§ 51) und *Schwyz* (§ 203, Entwurf § 174), welche sagen:

> Was hier von schriftlichen Urkunden angeführt worden, findet auch analoge Anwendung auf andere zum Andenken einer Begebenheit oder als Zeichen eines Rechtes verfertigte Denkmäler, wie Marchsteine, Grenzzeichen, Denkmünzen, Monumente, Stammbäume und dergleichen.

Wenn hier die Marksteine, Grenzzeichen u. s. w. auch nicht ausdrücklich als Urkunden bezeichnet werden, so werden sie doch als species des sowol schriftliche als auch nicht schriftliche Urkunden umfassenden genus „Denkmäler" unter den Urkundenbegriff gestellt und damit als Urkunden qualifizirt. Die Einteilung in schriftliche (documenta) und nicht schriftliche Urkunden (monumenta) ist durchaus praktisch, denn die Mehrzahl der komplizirten Vorschriften über den Urkundenbeweis bezieht sich nur auf den gewöhnlichen Fall der schriftlichen Urkunde, daher die Bestimmung, dass die letztern Vorschriften auf die monumenta nur insoweit Anwendung finden sollen, als

[180]) Wörtlich der *bundesgerichtlichen* Civilprozessordnung (Art. 120) entnommen.

es die Natur der Sache zulasse. Nichts Anderes als das letztere bedeutet auch die Vorschrift der *urnerischen* und der *schwyzerischen* Prozessordnung, dass die monumenta den documenta analog zu behandeln seien.

Interessanterweise enthalten *Uri* und *Schwyz* in diesem Zusammenhange gleichzeitig eine Definition des Urkundenbegriffes, die in erster Linie allerdings für die monumenta gelten soll, die aber auch auf die documenta zu beziehen ist. Es ist die nämliche, die der Kanton *Graubünden* aufstellt; was über die letztere oben gesagt wurde, gilt selbstverständlich auch hier. Doch mag noch bemerkt werden, dass nach der richtigen Definition des Urkundenbegriffes von den monumenta nur diejenigen als Urkunden betrachtet werden können, welche die Existenz einer vergangenen Begebenheit vermitteln, welche also berichten, nicht aber diejenigen, welche schon in sich selbst die streitige Tatsache darstellen. Sofern daher z. B. ein Grenzstein kraft positivrechtlicher Vorschrift allein und ausschliesslich das Vorhandensein und die Lage der streitigen Grenze fixirt, insofern bildet derselbe im Grenzstreite die streitige Tatsache selber, ähnlich wie die Wechselurkunde die Existenz der Wechselverbindlichkeit als gegenwärtige Tatsache in sich trägt, und ist daher dann als Augenscheinsobjekt zu betrachten.

So wenig aber wie die Verschiedenheit der Sprache, in welcher die Urkunde abgefasst ist, einen begrifflichen Unterschied begründet, ebenso wenig macht es einen Unterschied, ob die relevante Tatsache in gewöhnlicher oder aussergewöhnlicher Schrift überliefert werde, ja es ist überhaupt nicht nötig, dass unbedingt Schriftzüge es seien, welche die Tatsache unserer Wahrnehmung übermitteln; Symbole, überhaupt bildliche Darstellungen können uns ebenso wol etwas berichten, als Schriftzüge. Mit vollem Recht zählen daher die vier französischen Kantone *Waadt* (Code civil Art. 991), *Wallis* (C. c. Art. 1202), *Neuenburg* (C. c. Art. 1083) und *Genf* (C. c. Art. 1333) nach dem Vorbilde des Code civil français (Art. 1333) die

Kerbhölzer (les tailles) neben den authentischen und den privaten Urkunden zu der preuve littérale; [131]) sie bestimmen darüber Folgendes:

> Les tailles corrélatives à leurs échantillons (Gegen-Kerbhölzer) font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail.

Wenn auch — abgesehen von der hier gesetzlich fixirten Beweiskraft — die Beweiskraft der wechselseitigen Kerbhölzer eine ziemlich problematische sein mag, so darf man ihnen doch die Beweisfähigkeit keineswegs absprechen. Weil die Kerbe, die Einschnitte, welche die einander entsprechenden Kerbhölzer aufweisen, dem Richter symbolisch berichten, dass bestimmte Lieferungen unter den Parteien gemacht worden sind, also eine relevante Tatsache verkörpern, so teilt das Kerbholz die juristische Natur der Urkunde. Wie bei der schriftlichen Urkunde vorerst die äussere, formelle Beweiskraft auf deren Ächtheit und Unverfälschtheit geprüft werden muss, bevor die Beweiskraft des Inhaltes in Betracht kommen kann, so muss natürlich auch bei den Kerbhölzern erst deren Authenticität und Identität festgestellt werden, bevor die eigentliche Beweiskraft der in ihnen eingeschnittenen Kerbe ermessen werden kann. Ob es gut sei, die letztere ein- für allemal als voll vorhanden anzunehmen, wenn die äussere Beweiskraft feststeht, wie dies bei den vier französischen Kantonen der Fall ist, ist eine Frage, die mit der Beweismittelnatur des Kerbholzes nichts zu tun hat; mag man aus der Übereinstimmung der beiden Kerbhölzer auch nur eine Vermutung für die Tatsache der durch sie symbolisirten Lieferungen zugeben wollen, so ist das durch sie erreichte Beweisresultat immerhin ein Indicium; gerade deshalb aber ist das Kerbholz ein wahres Beweismittel, da das Indicium eine Stufe der Tatsachen-

---

[131]) Unter den deutschen Partikulargesetzen erwähnt *Bayern* (1869) in Art. 394 die Kerbhölzer ebenfalls im Kapitel des Urkundenbeweises.

relevanz darstellt. Daher kann denn auch der Beweis durch Kerbhölzer unzweifelhaft als Urkundenbeweis aufgefasst werden, entgegen der Ansicht *Renauds,* welcher die Urkundenqualität bestreitet.[132])

Im Kanton *Tessin* werden die Kerbhölzer unter dem Titel „tessere o tacche a riscontro“ als selbständiges Beweismittel behandelt. Art. 212 der *tessinischen* Civilprozessordnung lautet:

> Le tacche (die Kerbe) d'una tessera (Kerbholz) corrispondenti a quelle del riscontro compagno fanno fede tra le persone le quali usano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono al minuto.
>
> § 1° La loro forza provante cessa col lasso di mesi sette, dopo un anno che è cominciata la tessera; e contro di esse può aver luogo la riprova e il giuramento decisorio.

Die in § 1 des angeführten Artikels enthaltene Beschränkung der Beweiskraft ist eine Konzession an die problematische Natur des Kerbholzes in seiner Eigenschaft als Beweismittel, und die Zulassung des Gegenbeweises sowie des Schiedseides erscheint ebenfalls als ein Ventil gegen die mögliche Unzuverlässigkeit dieser Art der Beurkundung.[133]) Dass das Kerbholz hier nicht in der Lehre von den Urkunden behandelt wird, sondern

---

[132]) *Renaud*, Lehrbuch, § 107 am Ende. — Das Kerbholz erfreut sich keiner besonders grossen wissenschaftlichen Berücksichtigung; offenbar weil dasselbe praktisch selten zur Anwendung kommt. Es ist aber eine interessante Erscheinung, dass sich bis auf den heutigen Tag ein Beurkundungsmittel erhalten hat, dessen Wurzeln gewiss viel weiter zurückliegen, als diejenigen der schriftlichen Urkunde. — Vgl. noch *Strippelmann*, Der Beweis durch Schrifturkunden, Kassel 1860, I. Bd., p. 15 und 90.

[133]) Vgl. z. B. *Gianturco, E*, Istituzioni di diritto civile italiano. Firenze 1887. Dieser Schriftsteller sagt auf Grund des dem Art. 1333 des Code civil français entsprechenden Art. 1332 des italienischen Civilgesetzbuches: La taglia (das Kerbholz) non fa fede, fuorchè quando risponde esattamente al contrassegno di riscontro, und scheint damit andeuten zu wollen, dass man es mit der Prüfung der Kerbhölzer äusserst genau nehmen soll.

eine selbständige Stellung einnimmt, ist wol als Zeichen dafür aufzufassen, dass der Gesetzgeber sie auch begrifflich nicht zu den Urkunden gerechnet hat.

Alle in diesem Paragraphen nicht ausdrücklich erwähnten Kantone enthalten weder Bestimmungen über die Denkmäler im engern Sinne des Wortes (monumenta), noch solche über die Kerbhölzer. Wenn diese Kantone demnach nur von den schriftlichen Urkunden handeln, so müssen die nicht schriftlichen Urkunden hier wol als Augenscheinsobjekte betrachtet werden. Stringent ist diese Folgerung aber keineswegs. Es wird sich eben fragen, ob nach der in den einzelnen Kantonen herrschenden Auffassung die Schriftlichkeit der Urkunde, deren Begriff gesetzlich nicht definirt ist, deshalb, weil sich die Bestimmungen über den Urkundenbeweis in erster Linie auf die schriftlichen Urkunden beziehen, zum Kriterium des Urkundenbegriffes gemacht werde oder nicht. Einen grossen praktischen Unterschied begründet übrigens die verschiedene juristische Behandlung nicht (so bedeutend er theoretisch ist), denn gerade die dem Urkundenbeweis im Gegensatz zum Augenscheinsbeweis hauptsächlich eigentümliche Starrheit in der Regelung der Beweiskraft kann bei den nicht schriftlichen Urkunden der Natur der Sache nach nicht durchgeführt werden und es müssen für die letztern deshalb gesetzlich zahlreiche Modifikationen eintreten. Gleichwol dürfte es sich de lege ferenda empfehlen, eine Bestimmung des Inhaltes am Schlusse des Urkundenkapitels hinzuzufügen, dass die nicht schriftlichen Gegenstände, welche sich als beweisfähige Berichterstattungsmittel qualifiziren, den schriftlichen Urkunden gleich zu behandeln seien, soweit es die Natur der Sache zulasse. Damit wäre eine gleichförmige Behandlung gesichert. Schliesslich ist noch zu bemerken, dass das Gesetzbuch von *Nidwalden* gar keine Bestimmungen über den Urkundenbeweis enthält.

II. Wenn wir von den verschiedenen **Arten** der Urkunden, welche nach verschiedenen Einteilungsprinzipien unterschieden

werden, die oben besprochene Einteilung in schriftliche, und nicht schriftliche ausscheiden, so bleiben hauptsächlich einmal die Einteilung in öffentliche und Privaturkunden, die auf der Verschiedenheit der Form und des Ausstellers beruht, und sodann die in der gemeinen Prozessrechtswissenschaft ausgebildete, auf die Verschiedenheit des Inhaltes sich stützende, in Dispositions-, Geständnis- und Zeugnisurkunden. Von untergeordneter Bedeutung ist die Einteilung in Originalien und Kopien.

1. Die wichtigste Einteilung ist diejenige in öffentliche und Privaturkunden. Die interessante historische Entwicklung derselben ist heute so ziemlich abgeschlossen; nur die welsche Schweiz weist in ihrer dem französischen Rechte entnommenen, von dem deutschschweizerischen Rechte in verschiedenen Punkten erheblich abweichenden Lehre von den titres authentiques, den actes sous seing privé und den actes récognitifs und confirmatifs noch eine frühere Stufe auf. — Es handelt sich bei dieser Einteilung vorzüglich um Schrifturkunden, während man allerdings auch öffentliche und private Denkmäler sehr wol unterscheiden kann.

Schon im römischen Rechte hatte sich der Gegensatz von öffentlichen und privaten Urkunden ausgebildet.[134]) Die Bedeutung aber, welche diesem Gegensatze im gemeinen Prozesse zukommt, hat sich erst im kanonischen Rechte in ihrer typischen Form entwickelt,[135]) wobei das Institut der öffentlichen Notare neben den administrativen und gerichtlichen Beurkundungsbehörden die Hauptrolle spielte. Die publica fides, welche den von solchen öffentlichen Beamten abgefassten Urkunden

---

[134]) Vgl. *Wetzell*, System, § 24, Note 43, und die hier angeführten Quellenzeugnisse, in welchen von instrumenta publice confecta, instrumenta publica, rationes publicae, chartae publicae, inventaria publica u. s. w. gesprochen wird. In l. 21 C. ad leg. Corn. de fals. 9, 22 werden die instrumenta publica von den instrumenta privata ausdrücklich unterschieden.

[135]) Vgl. *Endemann*, Beweislehre, p. 268 zu Note 5; c. 2. X. de fide instr. 2, 22.

beigemessen wurde, bezog sich hier nicht nur auf die Form, sondern auch auf den Inhalt derselben. Während im klassischen römischen Rechte auch die öffentlichen Urkunden bezüglich ihrer Beweiskraft der freien richterlichen Würdigung vollständig anheimgegeben waren, bildeten sich in der spätern römischen Kaiserzeit, ganz besonders aber im mittelalterlichen Prozesse, eine Menge von Beweisregeln, nach welchen der öffentlichen Urkunde im Prozesse verschiedene Vorzüge vor der Privaturkunde eingeräumt wurden. Nachdem dies einmal geschehen, mehrte sich der Gebrauch der öffentlichen Urkunden sehr stark und dehnte sich auf die Beurkundung solcher Privatgeschäfte aus, die früher nicht unter öffentlicher Autorität abgefasst zu werden pflegten. Es war nun ein bequemes Mittel geschaffen, um jedem Rechtsgeschäfte den Beweis in einem allfällig darüber entstehenden Prozessstreit zu sichern. Jede Urkunde, welche ein Notar (mit oder ohne Mitunterschrift von testes) [136]) aufgesetzt und unterzeichnet, bildete vollen Beweis für die Wahrheit ihres Inhaltes, welcher Art immer der letztere sein mochte; zur Sicherheit des Publikums wurde hiebei in Deutschland vorgeschrieben, dass Zeit und Ort der Ausstellung sowie namentlich das A m t s s i e g e l des öffentlichen Beamten in der Urkunde angebracht werden. [137]) Was von vornherein zum Zwecke des Beweises abgefasst wurde, nannte man *Handreste* oder *Brief;* in der Schweiz scheint namentlich die letztere Bezeichnung gebräuchlich gewesen zu sein; so nennt man z. B. im Kanton *Zürich* die notarialische Schuld- oder Kaufsurkunde heute noch S c h u l d b r i e f resp. K a u f b r i e f; in *Glarus* wird die öffentliche Urkunde gesetzlich (C. P. O. § 169) mit dem Ausdruck „B r i e f u n d S i e g e l“ bezeichnet.

[136]) Vgl. ebenda zu Note 9.

[137]) *Wetzell*, System, § 24 zu Note 72 h und 72 i. Vgl. die interessante Darstellung der historischen Entwicklung der Urkunden bei *Schröder*, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1889, p. 655—661, und das neue umfassende Werk von *Bresslau*, *II.*, Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien, I. Band, Leipzig 1889.

Dieser Zustand hat sich nun bis heute nicht wesentlich verändert. Die sogenannten instrumenta quasi publica, d. h. diejenigen Urkunden, welche nicht von einem öffentlichen Beamten abgefasst, dagegen mit der Unterschrift oder den Siegeln dreier Urkundszeugen versehen sind, haben sich die Bedeutung und Wirkung der öffentlichen Urkunde bis heute nirgends erringen können,[138]) so dass der Begriff der letztern sich auch gegenwärtig auf diejenigen Urkunden beschränkt, welche von einem öffentlichen Beamten innerhalb seiner Amtsbefugnisse und in den vom Gesetze vorgeschriebenen Formen abgefasst sind.

In diesem Sinne definiren die öffentliche Urkunde die *bundesgerichtliche* C. P. O. (Art. 106) und unter den deutschen Kantonen: *Zürich* (§ 430 Abs. 2), *Bern* (§ 197), *Luzern* (§ 126 Abs. 1), *Schwyz* (§ 184, Entwurf § 152), *Nidwalden* (Art. 65), *Glarus* (§ 169), *Zug* (§ 70), *Baselstadt* (§ 101), *Baselland* (§ 116), *Schaffhausen* (§ 288, Entwurf § 268), *Appenzell A.-Rh.* (§ 73), *Appenzell I.-Rh.* (Verordnung betr. das Beweisverfahren Art. 2), *St. Gallen* (Art. 139), *Graubünden* (Art. 165), *Aargau* (§ 132, Entwurf § 192), und *Thurgau* (§ 162). Die Kantone *Aargau* (§ 132, Entwurf § 192) und *Tessin* (Art. 180) enthalten keine Definition, aber die aufgezählten Kategorien der öffentlichen Urkunde lassen sich unter das der obigen Definition zu Grunde liegende Prinzip subsumiren. *Uri* unterscheidet zwar nicht ausdrücklich zwischen öffentlichen und privaten Urkunden, führt aber unter den fünf Kategorien, in welche die gesetzlich zulässigen Urkunden zerfallen, in § 47 a als erste an: „alle von beeidigten Personen, oder von Behörden kraft ihres Amtes und innert den Schranken desselben in glaubhafter Form ausgestellten Schriften und Protokolle". Zweifelhaft ist, ob auch die zweite Kategorie, „die

[138]) So sagt z. B. *Tessin* unter dem Titel Privaturkunden in Art. 182 der C. P. O.: La controfirma di due testimoni oppure quella del notaio, non serve che di mezzo di prova in caso d'impugnativa della sottoscrizione dell' autore. — Die übrigen Kantone erwähnen sie gar nicht.

schriftlichen Gutachten von Gerichtsausschüssen, Augenscheinen und gerichtlich bestellten Sachverständigen“, als öffentliche Urkunden zu betrachten seien. Theoretisch kann jedenfalls das Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht als öffentliche Urkunde gelten, denn die gerichtliche Bestellung des Sachverständigen macht den letztern nicht zum Beamten.

Wenn die Kantone *Aargau* (§ 132 lit. d) und *Tessin* (Art. 180 Ziff. 4) sagen, dass als öffentliche Urkunden auch die von den in andern Staaten zur Ausstellung öffentlicher Urkunden berechtigten Behörden und Beamten in Sachen ihres Amtes errichteten und mit üblicher Beglaubigung versehenen Schriften anzuerkennen seien, so spezialisiren sie lediglich ein einzelnes Merkmal des Begriffes der öffentlichen Urkunde, nach welchem überhaupt die von irgend einem Beamten, also auch die von einem ausländischen, errichtete Urkunde eine öffentliche Urkunde ist. Dem Richter muss allerdings das Recht gewahrt bleiben, demjenigen, welcher eine Urkunde produziren will, deren öffentliche Natur ihm nicht zweifellos oder überhaupt nicht bekannt ist, den Nachweis dafür zu überbinden, dass die betreffende Urkunde von einem kompetenten Beamten ausgestellt sei. Einer türkischen Urkunde wird der schweizer Richter nicht von vornherein dasselbe Vertrauen entgegenbringen, wie einer deutschen oder einer französischen.

Als ein schwer zu verzeihender Fehler muss es m. E. bezeichnet werden, dass der *aargauische* Entwurf als öffentliche Urkunden nur anerkennen will (§ 192 a): „alle Schriften, welche von Behörden, Beamten und Angestellten der Gemeinden, der Kantone und des Bundes im Kreise ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form ausgestellt worden sind.“ Diese Bestimmung verstösst gegen die Allgemeingültigkeit des Begriffes der öffentlichen Urkunde und enthält überdies eine Verletzung der heutzutage der Schweiz so sehr zur Beachtung und Befolgung empfohlenen comitas gentium.

Liberaler war schon die *österreichische* allgemeine Gerichtsordnung, die in § 112 c ausdrücklich zu den öffentlichen

Urkunden zählte: „die von den in auswärtigen Landen zur Ausstellung öffentlicher Amtsurkunden eigens berechtigten Personen errichteten, und mit der in jedem Lande üblichen Legalisirung versehenen Schriften."

Diese Auffassung wird ferner auch in *England* vertreten, vgl. *Taylor*, on Evidence § 1333.

Nach *deutschem* Reichscivilprozess (§ 403) wird die Anerkennung der Ächtheit einer ausländischen öffentlichen Urkunde in das freie Ermessen des Gerichtes gelegt.

In *Solothurn* werden gar keine Arten von Urkunden unterschieden und deshalb muss angenommen werden, dass die hier über den Urkundenbeweis handelnden Bestimmungen sowol für die öffentlichen als auch für die privaten Urkunden gelten. Es ist dies eine ganz merkwürdige Erscheinung, die kaum sonst irgendwo zu treffen ist, denn wenn auch bezüglich der Beweiskraft eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Urkunden sich nicht als unbedingt notwendig aufdrängt, so muss doch eine solche mit Bezug auf das Ächtheitsverfahren als durchaus unentbehrlich bezeichnet werden. Es liegt sicherlich eine Ungerechtigkeit darin, dass Derjenige, der eine von einem staatlichen Beamten ausgestellte und unterzeichnete Urkunde produzirt, den Beweis der Ächtheit der Unterschrift zu führen hat (§ 225 der *soloth.* C.P.O.); worin bestände denn die publica fides, um deretwillen die öffentliche Beurkundung im Staate eingeführt worden ist, wenn nicht gerade darin, dass die öffentliche Urkunde zum allermindesten die Vermutung der Ächtheit für sich hat?

Der Begriff der Privaturkunde als Gegensatz zu demjenigen der öffentlichen Urkunde kann am zweckmässigsten negativ definirt werden, indem als Privaturkunde jede Urkunde bezeichnet wird, welche keine öffentliche ist, oder indem man so definirt, wie z. B. *Luzern* (§ 127) sich ausdrückt: „Privaturkunden sind solche, welche ohne amtliche Dazwischenkunft unter Privaten ausgestellt werden." Ähnlich definiren die Kantone *Bern* (§ 198), *Baselland* (§ 117) und *Thurgau* (§ 164);

die übrigen Kantone (abgesehen von den unten zu besprechenden welschen) verzichten darauf, eine Definition der Privaturkunde aufzustellen. Es liegt in der Tat kein Bedürfnis vor, dass das letztere im Gesetze geschehe, nachdem die öffentliche Urkunde definirt worden, da es sich um einander ausschliessende Gegensätze handelt, bei denen in der Definition des einen zugleich diejenige des andern gegeben ist.

Die verschiedenartigen Einteilungen der Privaturkunden beziehen sich insgesamt auf die Beweiskraft und es soll deshalb deren Erörterung dem folgenden Paragraphen vorbehalten bleiben.

Die Kantone der *französischen* Schweiz (zu denen hier auch der Jura bernois zu rechnen ist) regeln die sich nicht lediglich auf das Verfahren beziehenden Rechtssätze über den Urkundenbeweis nicht in ihren Gesetzen über den Civilprozess, sondern in ihren Civilgesetzbüchern unter dem Titel „de la preuve littérale". Was die Einteilung in öffentliche und private Urkunden betrifft, so zeigt sich hier kein wesentlicher Unterschied von dem Rechte der übrigen Schweiz. Als öffentliche Urkunde, acte oder titre authentique genannt, wird nämlich diejenige bezeichnet, qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé,[139]) et avec les solennités requises. (Code civil français art. 1317, *Freiburg* Art. 2222, *Waadt* Art. 977, *Wallis* Art. 1186, *Neuenburg* Art. 1069 und *Genf* Art. 1317). Die Vorschriften über die Privaturkunden stehen unter dem Titel „De l'acte sous seing privé"; danach könnte man glauben, dass als Privaturkunde nur das mit einer Privatunterschrift versehene Schriftstück zu verstehen sei, und *Freiburg* stellt denn auch wirklich unter diesem Titel nur die Vorschriften über den acte sous seing privé im eigentlichen Sinne auf und setzt diesem die in Art. 2240 ff. behandelten „écrits

[139]) Damit ist deutlich gesagt, dass zwischen inländischen und ausländischen Urkunden kein begrifflicher Unterschied bestehe.

non signés“ (livres domestiques et marchands) gegenüber; allein die übrigen Kantone erwähnen unter jenem Titel neben den unterzeichneten Urkunden auch die Haus- und Geschäftsbücher, deren Einträge nicht unterschrieben zu sein brauchen, wie es das *französische* Vorbild tut (Art. 1329 ff.). (*Waadt* Art. 986 ff., *Wallis* Art. 1197 ff., *Neuenburg* Art. 1078 ff., und *Genf* Art 1329 ff.)

Da überall nur der acte sous seing privé und die Haus- und Handelsbücher unter den Urkunden genannt werden, so können Zweifel obwalten, ob Schriftstücke, die weder eine Unterschrift tragen, noch zu den Haus- resp. Handelsbüchern gehören, überhaupt als Urkunden civilprozessualisch in Betracht kommen können. Theorie und Praxis des *französischen* Rechts stimmen aber in diesem Punkte mit der *deutschrechtlichen* Auffassung des Urkundenbeweises überein,[140]) und demnach darf wol angenommen werden, dass auch in dem Rechte der welschen Kantone alle begriffsmässigen Urkunden als Beweismittel dienen können.

2. Die Einteilung der Urkunden in Dispositions-, Geständnis- und Zeugnisurkunden bezieht sich vollständig auf den Inhalt derselben; sie hat sich nur wegen der Verschiedenheit der Beweiskraft, welche diesen Arten beigemessen wurde, ausgebildet und soll daher auch erst unten bei der Besprechung der Beweiskraft der Urkunden behandelt werden. Diese Unterscheidung hat übrigens mehr theoretischen als praktischen Wert und findet sich auch nur in ganz wenigen Kantonen gesetzlich durchgeführt.

3. Endlich ist noch die Unterscheidung in Originalien und Kopien zu erwähnen. Auch diese hat hauptsächliche

---

[140]) Vgl. *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch des französischen Civilrechts. 7. Aufl. Herausgegeben von Dr. H. Dreyer. Heidelberg 1886, IV. Bd., § 750, p. 537.

Bedeutung nur für die Beurteilung der Beweiskraft der Urkunde. Im Gegensatz zu der eben erwähnten Einteilung erscheint aber diese in der Gesetzgebung sehr häufig und entspricht in der Tat auch einem praktischen Bedürfnisse. Die Darlegung ihrer Gestaltung im einzelnen findet am besten Platz in der Lehre von der Beweiskraft der Urkunde.

Das Kapitel der Beweiskraft der Urkunde lässt sich in zwei Teile zergliedern, von denen der eine Teil die Voraussetzungen, unter denen eine Urkunde beweiskräftig ist, und der andere die Lehre von der Regulirung der Intensität der Beweiskraft behandelt. Hiebei kann im ersten Teile wiederum unterschieden werden zwischen den Voraussetzungen, welche sich auf die Form, und denjenigen, welche sich auf den Inhalt der Urkunde beziehen. Man spricht sehr oft von äusserer und innerer Beweiskraft[141]) und meint damit die eben genannte Unterscheidung zwischen Form und Inhalt der Urkunde; m. E. handelt es sich bei dieser Unterscheidung allemal nur um die Voraussetzungen der einen untrennbaren materiellen Beweiskraft der Urkunde, denn eine äussere oder formelle Beweiskraft kann es nicht geben, da die Beweiskraft sich der Natur der Sache gemäss nur auf die zu beweisende Tatsache, d. h. immer nur auf den Inhalt der Urkunde, beziehen kann.

---

[141]) Vgl. z. B. *Fitting*, Reichs-Civilprozess p. 179 ff. — Gesetzlich kommt diese Ausdrucksweise zur Geltung in *Baselstadt* (§ 105), wo von der „materiellen Beweiskraft“ der öffentlichen Urkunde gesprochen wird.

2. Die Beweiskraft der Urkunde.

a) Die Voraussetzungen der Beweiskraft.

§ 19.

α) Bezüglich der Form der Urkunde.

I. Es liegt, wie bereits ausgeführt, schon im Begriffe der öffentlichen Urkunde, dass diese in der von den Gesetzen vorgeschriebenen Form errichtet seien; insofern ist daher die Rechtsförmigkeit der öffentlichen Urkunde nicht als Voraussetzung der Beweiskraft der letztern zu betrachten. Fehlt die gesetzliche Form, so liegt überhaupt keine öffentliche Urkunde vor. Die in den schweizerischen Civilprozessgesetzen enthaltenen Definitionen der öffentlichen Urkunde enthalten insgesamt das Requisit der Rechtsförmigkeit, wie aus den Ausführungen des vorigen Paragraphen sich ergibt.

Anders verhält es sich mit der Privaturkunde. Während im alten gemeinen Prozesse Privaturkunden keiner bestimmten Form bedurften, um beweiskräftig zu sein, und höchstens die Intensität der Beweiskraft von dem Vorhandensein der Unterschrift des Ausstellers abhing, bildeten sich im französischen Rechte allmälig bestimmte Regeln aus, die sich auf die Form der Privaturkunden bezogen. Da nämlich seit der Ordonnanz *von Moulins* (1566), durch welche die bekannte, heute in Art. 1342 des französischen Code civil normirte Beschränkung des Zeugenbeweises eingeführt wurde, [142]) der Urkundenbeweis eine viel bedeutendere Stellung gegenüber früher sich erworben hatte, erwies sich die Notwendigkeit, die Zuverlässigkeit des durch Privaturkunden geführten Beweises durch bindende Formvorschriften zu erhöhen, denn es musste zu gefährlich erscheinen, den Beweis für Verträge mit bedeutenderer Trag-

[142]) Vgl. *Eug. Escher*, Beiträge zur Kenntnis der bürgerlichen Rechtspflege in Frankreich. Zürich 1854, p. 162 ff.

weite von ganz formlosen Papieren vollständig abhängig zu machen. Wenn man einmal den Zeugenbeweis als zu unsicher und zu unzuverlässig erklärt und deshalb in der geschehenen Art und Weise eingeschränkt hatte, so musste man auch für möglichste Sicherheit des übrig gebliebenen Hauptbeweismittels, der Urkunde, besorgt sein. Daraus hat man es sich zu erklären, warum einmal unter den Privaturkunden in den Art. 1322 ff. des Code civil der acte sous seing privé, d. h. die mit einer Privatunterschrift versehene Urkunde, ganz besonders hervorgehoben wird, und sodann diejenigen unter diesen, welche einen synallagmatischen Vertrag (Art. 1325) oder ein Summen- oder in Geld schätzbares Sachversprechen (Art. 1326) enthalten, durch noch weitergehende Formvorschriften ausgezeichnet werden.

Es liegt diesen Formvorschriften allen der Gedanke der Zweckmässigkeit zu Grunde, und es handelt sich dabei durchaus nur um Beweisformen und nicht etwa um Solemnitätsformen. Der Umstand, dass die betreffenden Vorschriften in den Code civil und nicht in den Code de procédure civile aufgenommen worden sind, kann nach den in § 1 gemachten Ausführungen nicht als dieser Behauptung entgegenstehend betrachtet werden. Wenn z. B. Art. 1325 sagt: „Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct", so ist damit nur ein Requisit für die Beweiskraft einer gewissen Kategorie von Privaturkunden aufgestellt; ist der citirten Vorschrift keine Folge geleistet worden, so ist blos der acte sous seing privé, die Urkunde, ungültig, nicht aber auch die in der letztern enthaltene convention synallagmatique; der synallagmatische Vertrag als solcher kann zwar, sofern er einen 150 Fr. übersteigenden Wertgegenstand beschlägt, im Prozesse nicht durch Zeugen bewiesen werden, ist aber durchaus nicht etwa nichtig; ja, er kann nicht nur durch Eidesdelation bewiesen werden, sondern auch den Gegenstand eines Indizien- oder eines auf

aussergerichtliches Geständnis zielenden Beweises bilden.[143]) Deshalb stehen diese von den Kantonen der französischen Schweiz mit wenigen Modifikationen adoptirten Formvorschriften nicht im Widerspruche zu dem vom eidgenössischen Obligationenrechte proklamirten Prinzip der Formlosigkeit der Verträge. Das eidgenössische Obligationenrecht enthält keine Vorschriften über den Beweis von Verträgen, sondern regelt lediglich die Voraussetzungen der Gültigkeit der Verträge. Es ist freilich richtig, was *Prof. Carrard* am schweizerischen Juristentag in St. Gallen (3. und 4. September 1883) gesagt hat: L'unité du droit des obligations ne sera qu'une apparence trompeuse aussi longtemps que le système des preuves variera de canton à canton. Ja, man muss ihm auch Recht geben, wenn er ausführt: La doctrine peut séparer la théorie des preuves de celle de la validité des conventions; dans l'application, cette distinction ne peut être absolue;[144]) denn in der Tat nützt die Formlosigkeit der Verträge dem Publikum blutwenig, so lange prozessuale Vorschriften die gerichtliche Geltendmachung gewisser Verträge unmöglich machen. Diesem unerquicklichen Zustande kann eben nur durch Abschaffung aller über die Solemnitätsformen des Civilrechtes hinausgehender Beweisformen ein Ende gemacht werden. Dass dies aber anders als durch Schaffung

[143]) Vgl. *Zachariä v. Lingenthal*, Handbuch, Bd. IV, § 752, p. 549.

[144]) Vgl. Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins zu St. Gallen den 3. und 4. September 1883 in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. II. Bd., p. 557, These No. 1. In These 4 ging *Carrard* so weit, einen öffentlichrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht zuzulassen, so oft eine kantonale Behörde, gestützt auf ein dem Obligationenrechte (angeblich) widersprechendes Gesetz, einen Beweis zuzulassen sich weigert. Die Voraussetzung, dass da, wo das eidgenössische Recht eine Form für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften aufstelle, die Kantone nicht eine andere für deren Beweiskraft vorschreiben dürfen (p. 537), entbehrt der Begründung. — Prof. *Zeerleder* kommt in seinem Referate zu dem im Texte verteidigten Resultate (p. 526, These 1), dass die kantonalen Beweisvorschriften im vollen Umfange bestehen bleiben und in Appellationsfällen für das Bundesgericht bindend seien. — Ich werde später (§ 30) noch einmal auf die hier berührte Kollision zurückkommen. p 304 ff

eines einheitlichen Civilprozesscodex geschehen könne, ist kaum denkbar.

Es ist aber nicht zu vergessen, dass den Formvorschriften, welche für den acte sous seing privé und die im Gesetze ausdrücklich aufgeführten écrits non signés in Geltung stehen, auch eine privilegirte, d. h. andern Urkunden nicht zukommende, Beweiskraft entspricht. Alle formlosen Urkunden, d. h. alle diejenigen, welche nicht unter die Art. 1322 ff. fallen, entbehren der unbedingten vollgültigen Beweiskraft, und ihre Beurteilung ist dem freien richterlichen Ermessen anheimgegeben.[145])

Betrachten wir nun die Formvorschriften des französischen Rechtes im einzelnen:

1. Der acte sous seing privé fordert schon begrifflich eine Unterschrift. Er ist „eine Schrift, mittelst welcher eine Privatperson durch ihre Namensunterschrift eine gewisse Verbindlichkeit übernimmt", wie *Zachariä von Lingenthal* definirt.[146]) Die Unterschrift des sich Verpflichtenden ist also wesentlich, aber auch genügend; es ist demnach nicht nötig, dass die Urkunde ganz von der Hand des Ausstellers herrühre, auch gehört zu ihrer Gültigkeit als Beweismittel prinzipiell nicht das Datum. Der Art. 1322 des französischen Code civil ist in allen französischen Kantonen recipirt, ausserdem wird in *Freiburg* demselben in Art. 2231 eine Begriffsbestimmung des acte sous seing privé vorausgeschickt:

> Eine Privaturkunde ist diejenige, welche mit der Unterschrift der vertragschliessenden Parteien, oder wenigstens mit der Unterschrift derjenigen Partei, welche sich verpflichtet, oder eine Willensmeinung kund tut, versehen ist.

Eine im Rechte der übrigen welschen Kantone nicht vorkommende Verschärfung der allgemeinen französischen Form-

---

[145]) Vgl. *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch, a. a. O.

[146]) *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch, IV. Bd., § 752, p. 544.

vorschrift findet sich nur in *Freiburg,* wo (Art. 2238) verlangt wird, dass das Datum der privatrechtlichen Urkunden, der Betrag der darin enthaltenen Verpflichtung und der allfällige Zinsfuss immer mit vollen Worten geschrieben sei.

Die Lehre von der date certaine, wonach der acte sous seing privé gegenüber Dritten erst von demjenigen Tage an ein sicherbestimmtes Datum hat, an welchem er öffentlich registrirt oder protokollirt worden, oder an welchem einer der Unterzeichner gestorben ist (Art. 1328), ist ebenfalls in das Recht der französischen Kantone übergegangen, jedoch mit folgenden Modifikationen: In *Waadt* (Art. 985), *Wallis* (Art. 1196) und *Neuenburg* (Art. 1077) tritt an Stelle des enregistrement die einfache Legalisation; in *Freiburg* (Art. 2239) beginnt das sichere Datum an dem Tage, an welchem das Dasein der Privaturkunde in Gemässheit des über diesen Gegenstand bestehenden (mir unbekannten) Gesetzes bewährt worden ist.

Endlich ist noch zu erwähnen, dass die Theorie über das Verhältnis von énonciation und disposition (Art. 1320) und die Bestimmung über die contre-lettres (Art. 1321) nur in *Wallis* (Art. 1189 und 1190) und *Genf* (Art. 1320 und 1321) adoptirt worden sind.

Gegenüber diesen allgemeinen, d. h. ohne Rücksicht aut den Inhalt der Privaturkunde aufgestellten Formvorschriften kommen nun in der französischen Gesetzgebung noch folgende Spezialformen vor, die für gewisse Urkunden mit Rücksicht auf die Natur der darin enthaltenen Verträge aufgestellt werden:

a) Derjenige acte sous seing privé, welcher einen synallagmatischen Vertrag enthält, geniesst die privilegirte Beweiskraft nur unter der doppelten Voraussetzung, dass er einmal in so vielen Exemplaren (und zwar Originalien) ausgefertigt worden ist, als Parteien vorhanden sind, die ein besonderes Interesse (un intérêt distinct) an dem Vertrage haben, und dass zweitens jede (Original-)Ausfertigung die Erwähnung enthält,

dass die Urkunde in so und so vielen Exemplaren ausgefertigt worden sei. Immerhin kann der Mangel des zweiten Requisites von Demjenigen nicht vorgeschützt werden, welcher den in der Urkunde enthaltenen Vertrag seinerseits erfüllt hat, und nach der französischen Gerichtspraxis [147]) hat auch der Mangel des ersten Erfordernisses diese Wirkung. — (Art. 1325).

Diese Spezialformvorschrift ist in das Recht der Kantone *Freiburg* (Art. 2235)[148]) und *Genf* (Art. 1325) übergegangen; im letztgenannten Kantone ist aber der ebenerwähnte über den Text des Gesetzes hinausgehende Satz der *französischen* Gerichtspraxis gesetzlich zum Ausdruck gekommen, indem einfach bestimmt wird: (Abs. 3) „Wer seinerseits den Vertrag bereits erfüllt hat, kann die Unterlassung der hievorigen Vorschriften nicht vorschützen.“ In *Neuenburg* (Art. 1076) kann die mehrfache Ausfertigung dann unterbleiben, wenn in der Urkunde vereinbart wird, dass diese in die Hände einer genau bezeichneten Drittperson übergeben werden solle. Der Art. 1325 des *französischen* Rechts ist dagegen nicht recipirt worden in *Waadt* und in *Wallis*. [149])

b) Das „billet“ oder das privat-schriftliche Versprechen, durch welches sich die eine Partei einseitig zu der Leistung

---

[147]) Vgl. Anm. 3 b zu Art. 1325 in der Ausgabe der Codes français et lois usuelles von *H. F. Rivière*, *F. Hélie* und *P. Pont*, 16. Aufl., Paris 1888. Cour de cassation vom 29. März 1852: L'exécution donnée à un acte synallagmatique couvre la nullité résultant de ce qu'il na pas été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées. Vgl. ferner *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch, Bd. IV, § 752, p. 547, Note 9.

[148]) *Rossel* behauptet in seinem Manuel du droit civil de la Suisse romande (p. 343, Note 2), in *Freiburg* werde die Erwähnung der Anzahl der Ausfertigungen nicht verlangt. Nach dem mir vorliegenden Gesetzestexte trifft jedoch diese Abweichung vom französischen Rechte nicht zu.

[149]) Prof. *Zeerleder* gibt diesem Artikel das Epitheton verhasst. (Zeitschrift f. schweiz. Recht, N. F., Bd. II, p. 502). Es ist allerdings begreiflich, dass derartige bis ins Kleinliche gehende Formalitäten vom Volke nicht verstanden und als chikanöse Hemmnisse empfunden werden; mit dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung sind sie ganz unvereinbar. — Auch das *italienische* Recht hat den Art. 1325 nicht recipirt.

einer Summe Geldes oder einer schätzbaren Sache (chose appréciable)[150]) verpflichtet, muss vollständig von der Hand des Ausstellers geschrieben sein, oder es hat der letztere wenigstens ausser seiner Unterschrift die Worte „bon" oder „approuvé" mit der in Buchstaben geschriebenen Angabe der Summe oder der Quantität der Sache eigenhändig hinzusetzen, wenn die Urkunde vollbeweiskräftig sein soll. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn die genannten Urkundenarten von Kaufleuten, Handwerkern, Ackersleuten, Tagelöhnern und „gens de journée et de service" ausgehen. — (Art. 1326.)

Dies gilt unverändert nur in *Genf* (Art. 1326), während die Kantone *Freiburg* (Art. 2236), *Waadt* (Art. 983) und *Wallis* (Art. 1194) insofern eine Verschärfung der erwähnten Formvorschriften aufweisen, als sie die im *französischen* Rechte zu Gunsten gewisser Stände statuirte Ausnahme nicht enthalten. In *Freiburg* wird überdies bestimmt, dass wenn mehrere Schuldner sich in einer und derselben Schrift verpflichten, jeder Unterschrift die Worte „gut für" oder „gutgeheissen für" oder „genehmigt für" mit der Benennung des Betrags in Buchstaben vorangesetzt werden müssen. Die Regel des „bon pour" muss in dieser Ausdehnung dem Verkehre gewiss sehr lästig fallen; theoretisch aber ist sie als das non plus ultra der gesetzlichen Formkrämerei zu bezeichnen, als eine Formalität, welche dem Prinzip der freien richterlichen Würdigung der Tatsachen diametral gegenübersteht. Sie wurde nicht adoptirt in *Neuenburg*.

2. Über die Handels- und Hausbücher (Art. 1329 ff.) enthält das *französische* Recht keine Formvorschriften. Ebensowenig *Genf*. In den übrigen Kantonen der französischen Schweiz dagegen treffen wir, wie bei einer Reihe deutsch-

---

[150]) Über die Bedeutung des Ausdruckes „chose appréciable" herrschen in der Theorie verschiedene Auffassungen. Die einen verstehen darunter eine jede in Geld schätzbare, die andern eine nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmbare Sache (Ware). Vgl. *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch, IV. Bd., § 752, p. 549, Note 20.

schweizerischer Kantone (von denen gleich unten zu handeln sein wird), die Vorschrift, dass die genannten Bücher, in exakter Ordnung, chronologischer Reihenfolge geführt seien und weder Rasuren noch verdächtige leere Stellen enthalten. In *Neuenburg* (Art. 1081) gilt dieselbe nur für die Hausbücher (registres et papiers domestiques), nicht auch für die Handelsbücher (registres des marchands), während sie in *Freiburg* (Art. 2240—2242), *Waadt* (Art. 1019 f.) und *Wallis* (Art. 1197 f.) für beide Arten der privilegirten écrits non signés aufgestellt ist. In *Wallis* wird überdies verlangt (Art. 1198, Ziff. 3), dass das Tagebuch (Journal) von einem Beglaubigungs-Notar mit Datum, Visa und fortlaufenden Seitenzahlen versehen und auf jedem Blatte unterschrieben sei.

In dem Rechte der deutschen Schweiz (dem sich der Kanton *Tessin* hier anschliesst) treffen wir die Erscheinung, dass im Kapitel des Urkundenbeweises die formale Beweistheorie viel zäher sich festgehalten hat als bei andern Beweismitteln. Verschiedene Kantone unterscheiden hier zwischen vollem Beweis und solchem, dessen Würdigung dem richterlichen Ermessen überlassen wird, während sie sonst dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung in stärkerem oder schwächerem Masse huldigen. Bekanntlich hat auch die *deutsche* Reichscivilprocessordnung (§§ 380 ff.) im Urkundenbeweise das sonst fast unbeschränkt durchgeführte Prinzip der freien Beweiswürdigung durchbrochen. So treffen wir denn da, wo eine Privaturkunde vollen Beweis macht, meist auch Formvorschriften an, welche die unerlässliche Voraussetzung dieser privilegirten Beweiskraft sind.

Wenn die Kantone *Bern* (§ 196 Ziff. 2), *Luzern* (§ 123 Ziff. 2), *St. Gallen* (Art. 140) und *Aargau* (§ 130 Ziff. 2), sowie auch der Kanton *Freiburg* (C. de pr. c. Art. 375 litt. b) das Requisit der Rechtsförmigkeit der Privaturkunde aufstellen und damit verlangen, „dass diese alle Merkmale und

Förmlichkeiten an sich trage, welche das Gesetz zu ihrer Gültigkeit im allgemeinen und für den Beweis des streitigen Rechtes insbesondere erfordert," so wird darunter nicht nur das Vorhandensein der legalen Form, sondern auch die Übereinstimmung mit den vom Gesetze als begriffliche Erfordernisse der Urkunde aufgestellten Merkmalen, sowie mit den Vorschriften über den Beweis bestimmter Rechtsgeschäfte verstanden. [151]) Nun enthalten aber die Civilprozessgesetze der genannten Kantone weder bestimmte auf die Form der Urkunde im allgemeinen sich beziehende Bestimmungen, noch auch Spezialvorschriften für Urkunden gewissen Inhalts, wie im *französischen* Rechte, und es muss daher jenes Requisit der Rechtsförmigkeit als überflüssig betrachtet werden, es sei denn, dass vielleicht Spezialgesetze über bestimmte Urkundengattungen existiren, die über die Form einzelner Privaturkunden besondere Vorschriften enthalten.

Die Kantone *Obwalden* (Art. 66) und *Zug* (§ 71) machen die formale Beweiskraft der vom Beweisgegner ausgestellten Privaturkunde einfach von der glaubhaften Form abhängig, ohne über die letztere näheres zu bestimmen, ebenso *St. Gallen* (Art. 140) in dem Falle, wo keine bindenden gesetzlichen Formvorschriften vorhanden sind.

Die Unterschrift des Ausstellers wird nur in *Glarus* (§ 171 f., bei Verträgen diejenige beider Parteien), *Schaffhausen* Entwurf (§ 269) und *Tessin* (Art. 181) als Voraussetzung der legalen Beweiskraft ausdrücklich verlangt, wie in der D.R.C.P.O. (§ 381).

---

[151]) Prof. *Zeerleder* glaubt, es liege hier eine Vermischung von Solemnitäts- und Beweisformen vor (Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F., Bd. II, p. 487). Das ist gewiss richtig, wenn man den Begriff „Solemnitätsform" auch auf die Urkunde als solche (d. h. abgesehen von ihrem spezifischen Inhalte) bezieht. Hält man aber daran fest, dass dieser Begriff nur auf Rechtsgeschäfte anzuwenden ist, so kann der erwähnten Gesetzesbestimmung jener Vorwurf nicht gemacht werden, da das Requisit der Rechtsgültigkeit sich dort nicht auf den Urkundeninhalt, sondern nur auf die Urkunde als solche bezieht.

Ohne jede allgemeine Formvorschrift sind demnach die Kantone *Zürich, Schwyz, Solothurn, Baselstadt, Baselland, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh.* und *I.-Rh.* und *Thurgau*, von denen jedoch *Schwyz* im übrigen vollständig legale Beweistheorie besitzt.

Die Handels-, Berufs-, Haus- und Rechnungsbücher werden in einer grössern Anzahl von Kantonen besonders hervorgehoben, teils weil man ihnen unbedingte Beweiskraft für und gegen den Probanten zusichern wollte, teils aber auch nur, um sie ausdrücklich von der Regel *scriptura pro scribente non probat* auszunehmen, im übrigen aber der freien richterlichen Würdigung zu überlassen. Einige Kantone beschränken sich nun bezüglich der formellen Voraussetzung der Beweiskraft — nach dem Vorbilde der *bundesgerichtlichen* C. P. O. (Art. 108 Abs. 2) — darauf, ordentliche Führung der Bücher zu verlangen, so *Baselstadt* (§ 108: ordentliche und unverdächtige Führung), *Baselland* (§ 124), *Schaffhausen* Entwurf (§ 270) und *Thurgau* (§ 166); es gehören diese Gesetze mit Ausnahme desjenigen von *Baselstadt* zu der Gruppe, welche die Würdigung der Bücher dem freien Ermessen überlassen. Andere Kantone dagegen, und zwar (mit Ausnahme von *Obwalden* und *Zug*) ausschliesslich solche, die den Büchern formelle Beweiskraft verleihen, [152]) stellen gleich wie die oben erwähnten Kantone der französischen Schweiz, bestimmte Förmlichkeiten als Voraussetzung der vollen Beweiskraft auf, indem sie gewöhnlich verlangen, dass die Bücher mit fortlaufenden Seitenzahlen und stetem Datum für jeden Posten versehen seien und keine Einschaltungen und verdächtigen Zwischenräume enthalten; an einigen Orten *Luzern* (§ 129), *Obwalden* (Art. 67), *Zug* (§ 72), *Glarus* (§ 174 litt. a) und *Solothurn* (§ 285) müssen sie unter allen

[152]) In *St. Gallen* wird ihnen die Kraft eines halben Beweises beigemessen; das berechtigt den Produzenten zur Leistung des Erfüllungseides (Art. 177).

Umständen eingebunden sein, und *Schwyz* (§ 187 Ziff. 1) stellt an die Handelsbücher (nicht aber an die sogen. Zins-, Conto-, Haushaltungs-, Hand- und Lieferungsbücher) geradezu die Bedingung, dass sie nach den Regeln der einfachen oder doppelten Buchhaltung geführt seien. Der Mangel einer dieser Formvorschriften bewirkt in *Schwyz* (§ 188, Entwurf § 159), dass den Geschäftsbüchern nach Ermessen des Richters die Kraft eines halben Beweises beigelegt werden kann, und in *Uri* (§ 49) hat er zur Folge, dass der Richter ihnen unter Umständen eine grössere oder geringere Beweiskraft zumessen kann.

Ausser den bereits genannten Kantonen gehören zu der zuletzt behandelten Gruppe noch die Kantone *St. Gallen* (Art. 143) und *Aargau* (§§ 138 ff.).

Ohne irgendwelche Formvorschrift aufzustellen, erwähnen die Handels- und Hausbücher die Kantone *Appenzell A.-Rh.* (§ 74) und *I.-Rh.* (Beweisverordnung Art. 4) sowie der *aargauer* Entwurf (§§ 195 ff.), und gar nicht behandelt werden sie in *Zürich* und *Bern*.

II. Zu den formellen Voraussetzungen der Beweiskraft im weitern Sinne gehören auch die Ächtheit und die Unverfälschtheit der Urkunde. Diese beiden Requisite beziehen sich nicht auf den materiellen Inhalt der Urkunde, sondern auf die Person des Ausstellers und auf die Integrität der Urkunde.

Darüber nun war man zu keiner Zeit im Zweifel, dass eine Urkunde nur dann als Beweis bildend in Betracht kommen kann, wenn feststeht, dass dieselbe einerseits wirklich von Demjenigen ausgestellt worden ist, welcher in ihr als sprechend, als Aussteller, auftritt, und dass andererseits dasjenige, was in derselben berichtet wird, in seiner ursprünglichen Gestalt, unverändert, vorliegt, dass mit andern Worten die produzirte Urkunde vollständig identisch sei mit Demjenigen, wofür sie vom Produzenten ausgegeben wird. Wol aber differiren die Ansichten darüber, wer die Feststellung der Ächtheit und Un-

verfälschtheit vorzunehmen und auf welchem Wege, mit welchen Mitteln dies zu geschehen habe.

Die Grundsätze des gemeinen Rechtes hierüber sind höchst einfacher Natur. Man unterscheidet prinzipell zwischen der Ächtheit der öffentlichen und derjenigen der Privaturkunde. Für die erstere spricht stets eine rechtliche Vermutung, für die letztere dagegen nicht, daher muss im ersten Falle der Probat den Beweis der Unächtheit erbringen, im zweiten dagegen der Probant die Ächtheit der von ihm produzirten Urkunde nachweisen; immerhin besteht im letztern Falle für den Probaten die Pflicht, die Ächtheit der produzirten Urkunde entweder anzuerkennen (Recognition) oder abzuleugnen (Diffession). Diffitirt der Probat die Urkunde, so hat der Probant die Wahl, entweder durch die gewöhnlichen Beweismittel und subsidiär durch das Mittel der Schriftvergleichung in Verbindung mit dem Erfüllungseide die Ächtheit nachzuweisen, oder den Probaten den Diffessionseid [153]) schwören zu lassen und damit auf die Geltendmachung der Urkunde zu verzichten. Was die Unverfälschtheit betrifft, so besteht eine Vermutung dafür, dass aus der Ächtheit der Unterschrift die Ächtheit resp. Integrität des Inhaltes entspringe, so dass bei konstatirter Ächtheit der Unterschrift den Probaten die Beweislast für die Behauptung der Verfälschtheit des Inhaltes trifft. [154])

Ganz auf diesem Standpunkte steht die grossherzoglich *badische* Civilprozessordnung aus dem Jahre 1831 (§§ 433—458) und mit wenigen Neuerungen auch die spätere Prozessordnung *Hannovers* (§§ 327—328). In der letztern wird dem Gerichte bereits die Befugnis eingeräumt (§ 331), die Sache von Amtswegen dem Staatsanwalte zur strafrechtlichen

---

[153]) Ist der Probat nicht selbst Aussteller der produzirten Urkunde, so nimmt der Diffessionseid die Form des Ignoranzeides an

[154]) Vgl. die überaus klare Darstellung in *Bayer*, Vorträge, §§ 256 ff., p. 852 ff. Im einzelnen herrschen freilich verschiedene Meinungen, insbesondere will *Wetzell* auch hier unterscheiden zwischen Zeugnis-, Geständnis- und Dispositionsurkunden. (System § 24, p. 238 ff.)

Verfolgung zu übermitteln, wenn es Verdacht gegen die Ächtheit oder Unverfälschtheit der Urkunde schöpft; ferner wird die Schriftvergleichung nicht nur subsidiär, sondern in gleicher Linie neben Zeugen und Urkunden als Beweismittel behufs Feststellung der Ächtheit und Unverfälschtheit aufgestellt; doch genügt auch hier die Schriftvergleichung nicht vollständig zum Beweise der Ächtheit, sondern der Richter hat im günstigsten Falle auf den Ergänzungs- d. h. Erfüllungseid zu erkennen (§ 335 i. f.).

Im *französischen* Rechte hat sich ein eigentümliches Ächtheitsverfahren ausgebildet. Auch hier besteht die Recognitions- resp. Diffessionspflicht des Probaten (C. c. Art. 1323 f.), es spricht aber zu Gunsten der öffentlichen Urkunden nicht blos eine Vermutung für ihre Ächtheit, sondern es kann letztere einzig auf dem Wege einer prinzipalen oder incidenten, d. h. vor dem Civilrichter im laufenden Prozesse erhobenen Fälschungsklage angefochten werden (Art. 1319), wobei der Probant als Beklagter, der Probat als Kläger auftritt. Für die Feststellung der Ächtheit der Unterschrift einer Privaturkunde hat der Probant zwar die einleitenden Schritte zu tun, sobald aber der Probat bei der Diffession der Unterschrift verharrt, ordnet das Gericht von sich aus das einfache Ächtheitsverfahren, vérification des écritures genannt, an; hier kann die Ächtheit durch Urkunden, Zeugen oder Schriftvergleichung konstatirt werden. Das richterliche Verfügungsrecht (der pouvoir discrétionnaire) geht aber da so weit, dass der Richter die angefochtene Urkunde für ächt erklären kann, ohne das Ächtheitsverfahren einschlagen zu müssen, ja, dass er sogar die streitige Urkunde ohne weiteres aus dem Prozesse eliminiren kann, wenn er von ihrer Unächtheit überzeugt ist, wie eine Reihe von Entscheiden des Pariser Kassationshofes bezeugen.[155])

---

[155]) Cour de cass. 25. Aug. 1813; 11. Febr. 1819; 9. Febr. 1830; 24. Mai 1830; 24. Mai 1837; 3. Dez. 1838; 9. Dez. 1839; 14. März 1837 und 14. Juni 1843. Vgl. Codes français par *Rivière*, *Hélie* et *Pont*, Note 2 a und b zu Art. 195 des Code de proc. civ.

Ausser der vérification des écritures besteht zur Feststellung der Ächtheit und der Unverfälschtheit der Privaturkunde das Mittel der prinzipalen oder incidenten Fälschungsklage, die der Probat zu verfolgen hat. Um leichtsinnigen oder dolosen Ableugnungen und Fälschungsbehauptungen möglichst vorzubeugen, werden für den Fall, dass sich auf dem Wege der vérification des écritures die Ächtheit der Unterschrift ergibt, und für den Fall des Misslingens der Fälschungsklage ziemlich strenge Strafbestimmungen gegenüber dem Probaten aufgestellt (C. de pr. c. Art. 213 und 246). Das Institut des Diffessionseides existirt nicht.

Die *schweizerische* Civilprozessgesetzgebung hat sich nun zum Teil an das deutschrechtliche, zum Teil an das französischrechtliche System angeschlossen, zum Teil aber auch ganz selbständig gestaltet. Zu der ersten Gruppe gehören hauptsächlich die Kantone *Bern, Schwyz, Schwyz* Entwurf sowie *Aargau* und *Tessin;* doch findet sich hier nirgends der Diffessionseid in seiner typischen Gestalt; etwas Ähnliches treffen wir nur in *Tessin* (Art. 196 Ziff. 3), wo zur Feststellung der Ächtheit der Probant dem Probaten den Haupteid deferiren kann; *Schwyz* (arg. § 197, Entwurf § 168) schliesst umgekehrt den Eid aus. Ebenso wird die Schriftvergleichung nur in *Aargau* (§ 161) als unter allen Umständen ungenügend und der Ergänzung oder Entkräftung durch Erfüllungs- resp. Reinigungseid bedürftig behandelt, und nur in *Bern* tritt sie blos subsidiär ein und kann möglicherweise (§ 209) die Auflegung des Ergänzungseides in Form des als Überzeugungseid zu schwörenden Erfüllungs- oder Reinigungseides zur Folge haben. Rein deutschrechtlich ist also das Ächtheitssystem nirgends durchgeführt; dagegen lassen eine Reihe von Gesetzen, die mit grösserer Selbständigkeit vorgegangen sind, erkennen, dass sie ihren Ausgangspunkt im deutschen Rechte genommen haben. Das Hauptmerkmal, durch welches sich das deutschrechtliche System von dem französischrechtlichen unterscheidet, besteht in der Ausschliesslichkeit, mit welcher im deutschen Rechte

im Gegensatz zum französischen die Feststellung der Ächtheit der Tätigkeit der Parteien übertragen wird. Dieses Merkmal trägt das Ächtheitssystem der Kantone *Uri, Obwalden, Zug, Solothurn, Baselstadt* und *Graubünden.* Die Ächtheit der Privaturkunde ist hier durch den Probanten darzutun, zu welchem Zwecke ihm die gewöhnlichen Beweismittel sowie das Mittel der Schriftvergleichung, das nur auf seinen Antrag hin ausgeführt wird, zu Gebote stehen.

Es gibt aber auch äusserliche Zeichen, welche bei den verschiedenen Achtheitssystemen auf deutsche Herkunft hinweisen; insbesondere zeigt sich dies da, wo die Vermutung, dass aus der Ächtheit der Unterschrift diejenige des Inhaltes folge, ausdrücklich aufgestellt wird, denn das letztere geschieht im *französischen* Rechte nicht; auch die Aufstellung der im letztern nicht ausdrücklich ausgesprochenen Vermutung der Ächtheit, welche die öffentliche Urkunde für sich hat, deutet auf deutschen Ursprung hin. Zu der erstgenannten Gruppe gehören *Obwalden* (Art. 66 Abs. 3), *Zug* (§ 71 Abs. 3), *Baselstadt* (§ 103), *St. Gallen* (Art. 144) und der *schaffhauser* Entwurf (§ 339), zu der letztern *Luzern* (§ 126 Abs. 3), *Baselstadt* (§ 101), *Baselland* (§ 118) und *Graubünden* (§ 176). Hervorzuheben ist hier, dass wie im *bundesgerichtlichen* Civilprozesse (Art. 115) so auch in *St. Gallen* (Art. 144) und in *Aargau* (§ 162) die Anerkennung resp. die Ächtheit der Urkunde eine Vermutung auch für die Richtigkeit des Datums begründet, während dies in den andern Kantonen nicht der Fall ist. In *Aargau* gilt die Vermutung nur für die Zeitangabe, während sie in *St. Gallen* auch für die Richtigkeit der Ortsangabe spricht; im letztern Kantone wird ausdrücklich der Gegenbeweis gegen die Vermutung für die Richtigkeit des Datums vorbehalten, so dass (argumento a contrario) die Vermutung für die Ächtheit des Inhaltes der Urkunde hier als präsumptio iuris et de iure zu betrachten ist. Immerhin werden von dieser m. E. allzu weit gehenden Regel ausgenommen „alle Einschaltungen, Durchstreichungen und andere Veränderungen,

welche nicht blos die Art der Fassung betreffen, oder nicht nach dem unzweifelhaften übrigen Inhalt der Urkunde als ächt erscheinen", und überdies ist der Urkunde, auch bei erwiesener Ächtheit der Unterschrift, aller Glaube benommen, wenn sich Spuren zeigen, dass mit der ganzen Urkunde, oder mit einem wesentlichen Teile derselben Veränderungen vorgenommen worden sind, oder ein Teil davon oder ein vorhanden gewesener Zusatz mangelt.

Viel enger schmiegen sich die Kantone der *französischen* Schweiz an das französische System an; sie stellen alle, mit Ausnahme *Neuenburgs,* [156]) die Erklärungspflicht bezüglich der Recognition resp. Diffession positiv auf, sie kennen alle die Institute der vérification des écritures und der prinzipalen und incidenten Fälschungsklage (inscription de faux); sie unterscheiden sich überhaupt nur in rein formellen Punkten von einander, die hier nicht näher zu erörtern sind.

Ähnlich wie im französischen und französisch-schweizerischen Rechte ist der Schutz der öffentlichen Urkunde geregelt im *Schwyzer Entwurf* (§ 152), in *Obwalden* (Art. 65), *Zug* (§ 70), *Aargau* (§ 165 *Entwurf* § 225) und *Tessin* (Art. 209). Es gibt hier gegenüber öffentlichen Urkunden ebenfalls nur die Anfechtung wegen Fälschung oder Verfälschung, und zwar muss dieselbe auf dem Wege der gewöhnlichen (also prinzipalen) Strafklage erfolgen.

Ganz anders wird die öffentliche Urkunde bezüglich ihrer Ächtheit behandelt in der *bundesgerichtlichen* C. P. O. (Art. 113), sowie in den Kantonen *Zürich* (§ 430), *Schaffhausen*

---

[156]) *Neuenburg*, sowie die Mehrzahl der deutschschweizerischen Kantone, halten es für überflüssig, den Beweisgegner zu einer ausdrücklichen Erklärung über die Anerkennung der Ächtheit zu veranlassen, indem sie einfach das Stillschweigen konkludent als Anerkennung der Ächtheit behandeln. Nur *Zürich* (§ 149 gilt auch gegenüber öffentlichen Urkunden), *Baselland* (§ 119) und *Schaffhausen* (§ 277, nicht aber der Entwurf) sprechen noch die Erklärungspflicht aus.

Entwurf (§ 329), *Appenzell A.-Rh.* (§ 75) und *Thurgau* (§ 162 Abs. 2), indem hier das Gericht im Bestreitungsfalle von sich aus ein Zeugnis bei derjenigen Behörde über die Ächtheit einholt, welche in der Urkunde als Aussteller oder Beglaubiger figurirt.

Die Offizialtätigkeit des Richters geht in *Zürich* (§ 426), *Glarus* (§ 175), *Baselstadt* (§ 154) und *Appenzell I.-Rh.* (Beweisverordnung Art. 5) soweit, dass auch die Ächtheit der Privaturkunde von Amtswegen, d. h. ohne die prinzipale Beweistätigkeit des Probanten, festgestellt wird resp. festgestellt werden kann, ähnlich wie im französischen Rechte; selbstverständlich wird sich dabei der Richter aller Beweismittel, die der Probant zu seiner Verfügung hat, bedienen, um sich von der Ächtheit oder Unächtheit der Urkunde zu überzeugen, allein gebunden ist er an dieselben nicht und das ist es, was dieses System grundsätzlich von dem gemeinrechtlichen unterscheidet. In *Baselstadt* ist es in das freie Ermessen des Gerichtes gestellt, über die Ächtheit entweder den Parteien die geeigneten Beweise aufzulegen oder von sich aus Untersuchung eintreten zu lassen, „namentlich kann es Sachverständige mit einer Schriftvergleichung . . . beauftragen," sagt das Gesetz. In *Zürich* (§ 420 f.) haben wir einen Anklang an das französische kontradiktorische Verfahren der vérification des écritures in der Veranstaltung einer persönlichen Einvernahme der Parteien, in welcher kontradiktorisch über die in Frage gestellte Ächtheit oder Unverfälschtheit der Urkunde verhandelt wird, wobei allerdings die Beweisanträge der Parteien (bei Behauptung der Verfälschtheit verschiebt sich, wie überall, die Beweislast zu Gunsten des Probanten) abgewartet werden müssen, nichtsdestoweniger aber der Richter von sich aus eine Schriftvergleichung anordnen kann (§ 426). Das Mittel der Schriftvergleichung wird übrigens auch hier mit Reserve behandelt, denn das Ergebnis der Vergleichung soll stets in Verbindung mit allen übrigen Indizien gewürdigt werden, welche für oder gegen die Ächtheit der Urkunde sprechen (§ 428). In

Glarus[157]) und *Appenzell I.-Rh.*[158]) scheint die Feststellung der Ächtheit sogar prinzipiell und in allen Fällen der Tätigkeit des Gerichtes zuzufallen.

Ob diese amtliche Feststellungstätigkeit mit dem Dispositionsprinzipe vereinbar sei oder nicht, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die Ächtheit und die Unverfälschtheit der Urkunde zu denjenigen Tatsachen zu rechnen seien, welche ausschliesslich in das Dispositionsrecht der Parteien gehören, oder ob sie nicht vielmehr solche Qualitäten einer Tatsache seien, die ausschliesslich der Prüfung und Beurteilung des Richters anheimfallen; diese Frage kann auch so gestellt werden: Ist der Richter verpflichtet, eine Urkunde für ächt oder unverfälscht zu halten, wenn die Ächtheit oder Unverfälschtheit nicht bestritten wird? Dies ist m. E. zu verneinen und die Frage im Sinne der zweiten Alternative zu entscheiden. Wie die Glaubwürdigkeit des Zeugen der Parteidisposition nach der richtigen Ansicht durchaus entzogen ist, so fällt auch die Glaubwürdigkeit der Urkunde — und diese besteht gerade in der Ächtheit und der Unverfälschtheit — ausschliesslich der Beurteilung des Richters zu, denn die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Beweismittels kann als ein Teil der richterlichen Urteilsfunktion nicht von dem Willen der Parteien abhängig sein. Dem Richter, der die ihm vorgelegten Tatsachen richtig prüfen und beurteilen will, muss das Recht gewahrt bleiben, eine Urkunde, deren Ächtheit oder Unverfälschtheit von den Parteien zwar nicht bezweifelt wird, ihm dennoch aber zweifelhaft erscheint, auf das Vorhandensein dieser ihrer Qualitäten zu prüfen und deshalb von Amts-

---

157) *Glarus*, § 175: Wenn die Ächtheit der Schrift oder Unterschrift eines ins Recht gebrachten Belegs widersprochen oder andere Verfälschungen darin behauptet werden sollten, so wird ein gerichtlicher Untersuch veranstaltet . . .

158) *Appenzell I.-Rh.*, Bew.-Vdg. Art. 5: Die Ächtheit einer Privatverschreibung muss, im Falle sie bestritten wird, vom Gerichte festgestellt und anerkannt werden, wenn . . .

wegen die nötigen Massregeln zu diesem Zwecke zu ergreifen. Die Offizialfeststellung der Ächtheit und Unverfälschtheit der Urkunde widerspricht also dem Dispositionsprinzipe gar nicht, sondern es entspricht im Gegenteil der richtigen Auffassung des officium iudicis. Nun gehen die Prozessordnungen der angeführten Kantone dritter Gruppe allerdings nicht so weit, dass sie dem Richter die Befugnis einräumen, einer nicht bestrittenen Privaturkunde gegenüber von sich aus das Ächtheitsverfahren einzuschlagen, sondern sprechen nur von der amtlichen Feststellung einer vom Beweisprodukten angefochtenen Privaturkunde. Diese Beschränkung ist aber (rein theoretisch gesprochen) sicher inkonsequent, denn die Feststellung der Ächtheit oder Verfälschtheit kann nicht bald Sache der Parteien, bald Sache des Richters, sondern immer nur entweder das Eine oder das Andere sein. Lässt man also amtliche Feststellung zu, so sollte man dieselbe nicht von der Bestrittenheit der Urkunde abhängig machen, da die Ächtheit und Unverfälschtheit nicht der Disposition der Parteien untersteht.

Das Merkmal der Bestrittenheit der Ächtheit ist denn auch für die öffentliche Urkunde in jenen Kantonen (*Zürich, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh.* und *Thurgau*), welche die Ächtheit dieser Urkunden durch das Zeugnis der ausstellenden Behörde von sich aus feststellen lassen, nicht aufgestellt.[159]) Theoretisch rechtfertigt es sich aber nicht, die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Privaturkunde bezüglich des Subjektes der Feststellungstätigkeit anders zu behandeln als diejenige der Glaubwürdigkeit der öffentlichen Urkunde, abgesehen allerdings davon, dass die Ächtheit der letztern präsumirt wird. Konsequenter ist das gemeine Recht, welches bei Bestreitung der öffentlichen Urkunde dem Produkten den Beweis der Unächt-

[159]) Gleich wie in der D. R. C. P. O. (§ 402, Abs. 2: „Das Gericht kann, wenn es die Echtheit (sc. einer öffentlichen Urkunde) für zweifelhaft hält, auch von Amtswegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen.“

heit überbindet und so wenig wie bei der Privaturkunde ein amtliches Eingreifen gestattet.

Dass die Gerichte fast überall angewiesen werden, da, wo sich dringende Verdachtsmomente für eine strafbare Handlung ergeben, von Amtswegen eine strafgerichtliche Untersuchung zu veranlassen, ist wol eher ein Ausfluss des Bestrebens, jedes Verbrechen, von dem eine Behörde Kenntnis erhält, zu verfolgen, als ein Anklang an das in der Civilprozessgesetzgebung doch nirgends allgemein durchgeführte Prinzip der selbständigen richterlichen Feststellungspflicht.

Zum Schlusse sind noch zwei Besonderheiten hervorzuheben. Die eine wurde bereits früher genannt; es ist die Tatsache, dass *Solothurn* den Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden nicht durchführt, also auch bezüglich des Beweises der Ächtheit beide Arten gleich behandelt. Die andere besteht darin, dass in *Bern* (§ 210), *Schwyz* (§ 201), Entwurf (§ 172) und im *schaffhauser* Entwurf (§ 338) die Vermutung der Ächtheit auf alte und im *schaffhauser* Entwurf auch auf archivalische Urkunden ausgedehnt wird. In *Bern* wird eine „ältere“ Urkunde vorausgesetzt, bei welcher eine Vergleichung der Handschriften aus Mangel an Vergleichsschriften nicht mehr stattfinden kann; jedoch ist die Vermutung an die Bedingung geknüpft, dass ausser dem Datum auch noch andere Merkmale für ihr Alter sprechen und keine überwiegenden Gegenanzeigen ihre Ächtheit in Zweifel setzen. *Schwyz* verlangt eine Urkunde, die ein zwanzig- oder mehrjähriges Datum trägt und setzt voraus, dass der Aussteller derselben gestorben sei und deren Beschaffenheit, Sprache und Inhalt der Zeit und den Verhältnissen vollkommen entsprechen. Im *schaffhauser* Entwurf (der hier den Art. 114 der *bundesgerichtlichen* C. P. O. herübernimmt) muss sich aus dem Datum und der übrigen Beschaffenheit der Urkunde ergeben, dass sie über vierzig Jahre alt ist, oder sie muss als archivalische Urkunde mindestens zehn Jahre in einem öffentlichen Archiv sich befunden haben. Das sind Bestimmungen, die bei Adoptirung

des richterlichen Feststellungssystemes und des Prinzipes des freien richterlichen Ermessens überflüssig, sonst aber dringend notwendig sind.

---

§ 20.

β) Bezüglich des Inhaltes der Urkunde.

Nach der früher entwickelten Definition der Urkunde gehört es schon zum Begriffe der letztern, dass sie entweder einen Rechtsakt, oder ein aussergerichtliches Geständnis über einen solchen, oder endlich auch ein Indicium, das auf den Rechtsakt schliessen lässt, zum Inhalt haben muss. Diese drei Fälle sind ja eben nur die möglichen Stufen der Relevanz und es liegt in der Beweismittelnatur der Urkunde, dass sie dem Richter Aufschluss geben soll über eine relevante streitige Tatsache.

Diesen einfachen, klaren Satz finden wir leider in keiner Gesetzgebung ausdrücklich und nur in ganz wenigen stillschweigend oder indirekt aufgestellt. Schon das gemeine Recht ging einen ganz andern Weg, indem es materiellrechtliche Gesichtspunkte in die Urkundenlehre hineintrug, aus denen die bekannte Dreiteilung in Dispositions-, Geständnis- und Zeugnisurkunden hervorgegangen ist. Man wies den Richter an, einer Dispositionsurkunde bei erwiesener Ächtheit derselben unbedingten Glauben zu schenken, weil darin das zu beweisende Rechtsgeschäft unmittelbar enthalten ist; der Geständnisurkunde dagegen legte man nur dann Beweiskraft bei, wenn in derselben der Beweisprodukt als gestehend figurirte, nach dem Satze *scriptura pro scribente non probat;* die Zeugnisurkunde endlich wurde nur dann als beweiskräftig betrachtet, wenn sie von einem öffentlichen Beamten über dessen amtliche Wahrnehmungen ausgestellt worden war.[160]) — Dass das französische Recht in gewissem Sinne noch weiter gegangen ist, indem es als

---

[160]) Vgl. *Bayer*, Vorträge, § 252, p. 836 ff.

ordentliche, d. h. mit legaler Beweiskraft ausgerüstete Urkunden nur öffentliche Urkunden allgemein, von den Privaturkunden aber blos diejenigen anerkannt hat, die eine Verbindlichkeit verkörpern, geht aus der oben angeführten Definition des acte sous seing privé, die *Zachariä* gibt, hervor.[161]) Ihm sind alle *französischen* Kantone mit Ausnahme *Freiburgs* gefolgt.

Von den deutschschweizerischen Kantonen sind es dagegen nur *Bern* (§ 196, Ziff. 3), *Luzern* (§ 123, Ziff. 3) und *Aargau* (§ 130, litt. *c.*), welche die gemeinrechtliche Unterscheidung in Dispositions-, Geständnis- und Zeugnisurkunden aufgenommen haben. Die materiellrechtliche Natur dieser Dreiteilung tritt in den genannten Kantonen noch viel markanter auf als im gemeinen Prozesse, denn dieselben erklären übereinstimmend, die Beweiskraft der Urkunde hange ab: 1) . . ., 2) . . . , 3) von ihrer Verbindlichkeit für die Parteien: die Verfügung, das Geständnis oder das Zeugnis,[162]) die oder das sie enthalte, müsse rechtsbeständig, d. h. doch wol den Vorschriften des hierüber geltenden materiellen Rechtes konform sein. In gleicher Weise spricht sich auch die C. P. O. des Kantons *Freiburg* aus (Art. 375, litt. c.). Es ist ja klar, dass der Richter einer Disposition oder einem Geständnis, das nach den Vorschriften des materiellen Rechtes nicht rechtswirksam ist, den richterlichen Schutz versagen muss; dazu braucht es aber keiner prozessualen Vorschrift. Der Civilprozess ist ja nur zur Realisirung der vom materiellen Rechte verheissenen Ansprüche da.

Von den übrigen Kantonen, welche zum Teil ebenfalls Spuren von der gemeinrechtlichen Dreiteilung aufweisen (wie sich aus den folgenden Paragraphen ergeben wird), sind hier nur *Glarus* und *St. Gallen* hervorzuheben. Im erstgenannten Kantone werden nämlich unter den Privaturkunden eine Reihe von Kategorien nach dem verschiedenen Inhalt derselben unter-

[161]) Siehe oben pag. 176.

[162]) Was unter der Rechtsbeständigkeit des Zeugnisses verstanden werden soll, ist mir nicht klar.

schieden: Verträge, die von den Parteien unterzeichnet sind; Kaufbriefe über Liegendes, die von einem Unparteiischen geschrieben oder nebst Käufer oder Verkäufer von wenigstens einem Zeugen unterzeichnet sind (§ 171); endlich Bescheinigungen aller Art, die von einer Partei oder deren Vorgänger eigenhändig unterschrieben sind (§ 172); allen diesen, sowie den öffentlichen Urkunden wird formale Beweiskraft beigelegt unter der Voraussetzung, dass ihr Inhalt klar und deutlich sei. In *St. Gallen* (Art. 140) werden diejenigen Privaturkunden hervorgehoben, welche eine Verpflichtung oder Rechtsanerkennung enthalten, wobei das Gesetz verlangt, dass ihre Ausstellung unter den zu einem beweiskräftigen aussergerichtlichen Geständnis nötigen Voraussetzungen erfolgt sei, d. h. also (arg. Art. 133), dass die Urkunde bei einer ernstlichen Behandlung des Gegenstandes, von einer dazu befugten Person, wissentlich und absichtlich, um damit Rechte festzustellen oder Verbindlichkeiten anzuerkennen, dem Gegenbeteiligten selbst oder seinen Stellvertretern oder Beauftragten gegenüber abgefasst worden sei. Auch hier haben wir wiederum die Verwechslung von materiellem mit formellem Recht; denn die Voraussetzungen der Gültigkeit einer Verpflichtung oder einer Anerkennung sind durchaus materiellrechtlicher Natur; sie in das Prozessgesetz stellen, kommt einer Bevormundung des Richters gleich, indem man damit dem letztern nicht zutraut, von sich aus, d. h. ohne besondern Befehl, jedes Rechtsgeschäft nach seinen materiellen Voraussetzungen zu prüfen, sondern ihm extra vorschreibt, er möge bei seiner Urteilssprechung doch ja die Rechtssätze des materiellen Rechtes anwenden.

Die Kantone *Zürich*, *Solothurn*, *Schaffhausen* (nicht so der Entwurf) und *Graubünden* bilden die am weitesten fortgeschrittene Gruppe, da sie inhaltlich keinerlei Voraussetzungen an die Beweiskraft der Urkunde knüpfen, sondern es dem freien Ermessen und der konkreten Einsicht des Richters überlassen, jede Urkunde nach deren Inhalt und Beweiskraft von Fall zu Fall zu würdigen. Bei dieser Regelung wird

sich der Richter immer nur fragen, ob die Urkunde resp. deren Inhalt relevant sei, d. h. ob sie in wirksamer Beziehung zum Beweisthema und von Einfluss auf die Entscheidung des Streites sei; insbesondere wird er eine Urkunde nicht deshalb unberücksichtigt lassen, weil sie nur ein Indicium verkörpert. Wenn von der legalen Beweiskraft der öffentlichen Urkunde abgesehen wird, so können zu dieser Gruppe auch die Kantone *Appenzell A.-Rh.* und *I.-Rh.* gerechnet werden, welche für die Beweiskraft der Privaturkunden ebenfalls keine inhaltlichen Voraussetzungen aufstellen, sowie endlich auch die Kantone der *französischen* Schweiz mit Ausnahme *Freiburgs*, bezüglich derjenigen Urkunden, die nicht zu den actes sous seing privé und den besonders hervorgehobenen écrits non signés (Büchern) gehören, denn für diese gilt ja, wie oben ausgeführt worden ist, freie Beweiswürdigung.

---

§ 21.

b) Die Regulirung der Intensität der Beweiskraft.

Die Beweiskraft der Urkunde kann sich nur auf den Urkundeninhalt beziehen, denn nur dieser ist geeignet, die auf das Beweisthema gerichtete Überzeugung des Richters zu affiziren. Nachdem der Richter die vom Gesetz vorgeschriebenen formellen und inhaltlichen Voraussetzungen der Beweiskraft geprüft und für erfüllt betrachtet hat, so hat er sich zu fragen, ob und wieweit nun das, was die Urkunde ihm berichtet, im Stande sei, ihn von der Existenz der zu beweisenden relevanten streitigen Tatsache zu überzeugen. Da es schon begrifflich zum Wesen der Urkunde als eines Beweismittels gehört, dass sie eine relevante streitige Tatsache verkörpere, so kann sich die materielle Prüfung des Richters nur noch darauf beziehen, festzustellen, welche der drei Stufen der Relevanz aus dem Urkundeninhalte sich ergebe. Dabei kann der Grad der Über-

zeugung allerdings ein verschiedener sein, denn wenn auch eine relevante Tatsache durch die Urkunde dem Richter übermittelt wird, so können doch besondere Verhältnisse den letztern bewegen, der Urkunde seinen Glauben zu versagen, so wenn ihm z. B. die Person des Ausstellers, welche jene Tatsache konstatirt, unzuverlässig erscheint, oder wenn ihm die Art und Weise, wie die Tatsache erzählt wird, Misstrauen erweckt. Dem freien Ermessen des Richters ist also nach dieser Theorie ein überaus grosser Spielraum gewährt.

Gerade der Umstand nun, dass sich für die Würdigung des Urkundenbeweises ein ausgiebiges Feld vor dem Richter eröffnet, mag im gemeinen Prozesse mit dazu geführt haben, dass der Urkundenbeweis durch ganz bestimmte Beweisregeln der richterlichen Willkür entzogen wurde. So sind die heute noch beinahe überall in Geltung stehenden Sätze entstanden, dass der öffentlichen Urkunde unbedingter Glaube beizumessen sei; dass die Privaturkunde nur dann beweise, wenn sie entweder ein unter den Parteien obligatorisch wirksames Rechtsgeschäft oder ein Geständnis des Probaten enthalte, oder wenn sie ein vom Beweisgegner selbst ausgestelltes Zeugnis über eine Tatsache, welche der Beweisführer zu beweisen hat, zum Gegenstand habe; dass niemals aber eine vom Produzenten ausgestellte Urkunde für diesen etwas beweisen solle: *scriptura pro scribente non probat.* Von dem letzten Satze musste jedoch eine Ausnahme zu Gunsten ordentlich geführter Geschäftsbücher gemacht werden, da man einsah, dass hier das Misstrauen gegen die Wahrheit der vom Beweisführer selber zu seinen Gunsten gemachten Angaben nicht gerechtfertigt ist.

Dass das französische Recht einen ähnlichen Weg beschritt, ist bereits in anderem Zusammenhang erwähnt worden. Die gemeinrechtliche Dreiteilung (die erst in verhältnismässig neuerer Zeit sich Bahn verschafft hat) ist hier aber nicht durchgeführt, sondern es wird einfach unterschieden zwischen dem titre authentique, der vollen Beweis für den in demselben amtlich konstatirten Vorgang macht, und dem acte sous seing

privé, der gegen den Aussteller beweist.[163]) Beiden Rechten ist gemeinsam, dass die Beweiskraft formal geregelt ist.

Die **französischredenden Kantone** haben sich dem Code civil français vollständig angeschlossen.[164]) Die Abweichungen, welche sich in den formellen Voraussetzungen der Beweiskraft vorfinden, sind oben in § 19 hinlänglich erörtert worden. Hervorzuheben ist nur, dass in den Kantonen *Freiburg* (Art. 2229) und *Wallis* (Art. 1188) die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde klarer regulirt ist, als in Frankreich und den übrigen *französischen* Kantonen, indem hier die in der *französischen* Doktrin und Praxis allgemein herrschende Interpretation des Art. 1319 gesetzlich aufgestellt wird. So sagt *Freiburg*:

> Eine öffentliche Urkunde beweist die darin enthaltenen Dinge vollständig, wenn der öffentliche Beamte, Amtsmann oder Angestellte in derselben bezeugt, dass sie in seiner Gegenwart stattgehabt haben, oder wenn das Gesetz voraussetzt, dass er gewisse Kenntnis davon erlangt habe.

und *Wallis* bestimmt:

> Der authentische Akt beweist vollständigst den Vertrag und die Tatsachen, welche in Gegenwart des Notars oder des öffentlichen Beamten, der ihn aufgenommen hat, geschehen sind.

Über die Ausschliessung des Gegenbeweises, die Hand in Hand mit der dem *französischen* Rechte eigentümlichen Beschränkung des Zeugenbeweises geht, vgl. unten § 30. Es muss jedoch hier schon hervorgehoben werden, dass in *Waadt* gegen die vollkräftige Urkunde nicht blos der Zeugenbeweis, sondern auch

---

[163]) Dafür, dass dies die in französischer Theorie und Praxis herrschende Interpretation der redaktionell mangelhaften Bestimmungen der Art. 1319 ff. C. c. sei, vgl. *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch IV, § 751, Note 16 und § 752 zu Note 3, und die hier citirten französischen Schriftsteller.

[164]) *Freiburg* Art. 2229, 2231 f.; *Waadt* Art. 979 f.; *Wallis* Art. 1188, 1191; *Neuenburg* Art. 1071, 1073 ff.; *Genf* Art. 1319, 1323.

das Beweismittel des Parteieneides unzulässig (Art. 974), ja, dass für die Kontrahenten sogar der Beweis der Simulation ausgeschlossen ist (Art. 975 Abs. 2).

Die Kantone der **deutschen und italienischen Schweiz** weisen zum grössten Teile die gemeinrechtliche oder französische, zu einem Teile aber eine ganz selbständige Normirung der Beweiskraft auf.

Betrachten wir zuerst die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde, so finden wir, dass dieselbe mit Ausnahme der Kantone *Zürich, Solothurn* und *Schaffhausen* (nicht auch Entwurf) überall eine formale ist. Die publica fides bezieht sich danach nicht blos auf die Ächtheit, sondern auch auf die Wahrheit des Inhalts, und zwar gilt dies, wie in der *bundesgerichtlichen* C. P. O. (Art. 106), so auch in *Glarus* (§ 169), *St. Gallen* (Art. 139), *Aargau* (§ 132 Abs. 2), *Thurgau* (Art. 163) und *Tessin* (Art. 179) schlechthin für allen und jeden Inhalt der Urkunde, während die übrigen Kantone (*Bern* § 197, *Luzern* § 126, *Schwyz* § 184 [Entwurf § 152], *Obwalden* Art. 65, *Zug* § 70, *Baselstadt* § 105, *Schaffhausen* Entwurf § 268, *Appenzell A.-Rh.* § 73, *Appenzell I.-Rh.* Bew.-Verordg. Art. 2, *Graubünden* § 165 und *Aargau* Entwurf § 191) die volle Beweiskraft nur auf das beziehen, was der Beamte als vor ihm geschehen bezeugt, wie es nun auch im *deutschen* Reichscivilprozess normirt ist (§ 380). Wenn man bedenkt, dass bei dem ersteren Systeme da, wo der Urkundeninhalt ein dispositiver ist, Kollisionen mit dem materiellen Rechte unvermeidlich sind,[165]) so wird man ohne Zögern dem zweiten Systeme den Vorzug einräumen. In *Bern, Baselstadt* und im *schaffhauser* Entwurf wird gegen die öffentliche Urkunde ausdrücklich der Gegenbeweis vorbehalten, der dahin geht, zu konstatiren, dass die in der Urkunde als geschehen

[165]) Denn auf diese Weise können Solemnitätsformen, die das materielle Recht für gewisse Rechtsgeschäfte vorschreibt, unter Umständen umgangen werden, da die blosse Form der öffentlichen Urkunde den dispositiven Inhalt in jeder Gestalt schützt.

bezeugten Tatsachen gar nicht, oder nicht auf die angegebene Art geschehen seien, wie *Baselstadt* sich ähnlich der D. R. C. P. O. (§ 380: Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.) ausdrückt. In *Aargau* (§ 165) dagegen kann die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde nur auf dem Untersuchungswege aufgehoben werden, und in *Uri* (§ 48), *Schwyz* (§ 182), *Schwyz* Entwurf (§ 155), *Obwalden* (Art. 64), *Glarus* (§ 169), *Zug* (§ 69), *Appenzell I.-Rh.* (Beweis-Verordnung Art. 2), *St. Gallen* (Art. 139 in Verbindung mit Art. 138) und *Tessin* (Art. 213 und 259) ist ein Gegenbeweis überhaupt unzulässig. Eine Ausnahme von dieser Regel gestatten *Uri, Schwyz, Schwyz* Entwurf, *Obwalden* und *Zug* für den Fall, dass es sich in der Gegenbeweisführung nur darum handelt, den Aussteller der Urkunde über seine wahre Meinung Auskunft geben zu lassen, wenn die Urkunde dunkel, zweideutig oder sich widersprechend ist, und mit Ausnahme von *Uri* ist in den zuletzt genannten Kantonen der Gegenbeweis auch dann zulässig, wenn nachgewiesen werden kann, dass eine später veränderte Urkunde bestanden, aber verloren gegangen ist. Theoretisch kann nur das System der Kantone *Bern* und *Baselstadt* sowie des *schaffhauser* Entwurfes gebilligt werden, denn es ist ein schweres Unrecht, wenn eine offenbar unrichtige, jedoch nicht gefälschte Beurkundung durch die blosse Form der öffentlichen Urkunde zu materieller verpflichtender Wahrheit gemacht werden kann, ohne dass irgendwelcher Ausweg dagegen offen steht. Übrigens dürfen zu den Kantonen, welche den Gegenbeweis zulassen, auch diejenigen gerechnet werden, welche zwar der öffentlichen Urkunde formale Beweiskraft zuschreiben, dagegen aber den Gegenbeweis weder allgemein (wie *Glarus* und *St. Gallen*) noch speziell in ausdrücklicher Weise ausschliessen, denn das Recht des Gegenbeweises ist seiner Natur nach (als eines Ausflusses aus dem Prinzip des wechselseitigen Gehörs der Parteien) so lange als uneingeschränkt zu betrachten, als es nicht ausdrücklich für aufgehoben erklärt wird.

Eine *bundesrechtliche* Vorschrift über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden findet sich in Art. 11 des Bundesgesetzes betr. Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874, wonach die Civilstandsregister und die vom Civilstandsbeamten ausgestellten und als richtig beglaubigten Auszüge als öffentliche Urkunden gelten, welchen volle Beweiskraft zukommt, so lange nicht der Nachweis der Fälschung oder der Unrichtigkeit der Anzeigen und Feststellungen, auf Grund deren die Eintragung stattgefunden hat, erbracht ist.

Die Beweiskraft der **Privaturkunde** ist ebenso wie diejenige der öffentlichen Urkunde fast überall formal geregelt. Zu den Kantonen, welche schon die letztere und mit ihr auch die Privaturkunde der freien Beweiswürdigung des Richters überlassen (*Zürich, Solothurn* und *Schaffhausen*) kommen hier hinzu *Appenzell A.-Rh.* und *I.-Rh.* und *Graubünden*, die wenigstens die Beweiskraft der Privaturkunde dem freien richterlichen Ermessen anheimstellen. In *Graubünden* (Art. 166) wird dies sogar ausdrücklich ausgesprochen:

> Es ist Sache des Richters, die Glaubwürdigkeit und das Gewicht vorgelegter Privaturkunden nach Form und Inhalt zu bemessen, mögen dieselben von einer Partei oder von Drittleuten ausgestellt sein.

„Mögen dieselben von einer Partei oder von Drittleuten ausgestellt sein": dieser Satz wäre dem gemeinrechtlichen Theoretiker oder Praktiker als etwas ganz Transcendentales, als ein ketzerisches Dogma vorgekommen! In der Tat ist der Schritt, den die genannten sechs Kantone gewagt haben, ein überaus grosser gegenüber der tief eingewurzelten Theorie der formalen Beweiskraft der Urkunde, ein Schritt, den weder die *deutsche* R. C. P. O., die sonst dem Prinzip der freien Beweiswürdigung huldigt, noch auch die drei neuen schweizerischen Civilprozessentwürfe gewagt haben; ja, der *schaffhauser* Entwurf ist von der unbeschränkten Beweiswürdigung des

bisherigen Rechtes zurückgegangen und hat sich auf den reichsrechtlich deutschen Standpunkt gestellt. Man glaubte vielerorts, dass durch die Befreiung des Urkundenbeweises von allen und jeden Beweisregeln die Rechtssicherheit leiden würde, weil dann die schriftliche Beurkundung die Garantien, um deren willen sie da ist, in allzu erheblichem Masse einbüssen würde. Ich bin nicht in der Lage, diese Ansicht auf ihre Begründetheit zu prüfen, glaube aber, dass theoretisch die vollkommene Freiheit des richterlichen Ermessens, die allerdings auch möglichst vollkommene Richter voraussetzt, das einzig Richtige und Rationelle sei. Wol gibt es einige wenige Sätze, welche zu allen Zeiten für die Beurteilung der Urkunden als Erfahrungslehren gegolten haben, allein diese sind in der Regel so sehr in der Natur der Sache begründet, dass eine ausdrückliche gesetzliche Statuirung derselben bei dem System der rationellen d. h. freien Beweiswürdigung durchaus überflüssig ist, abgesehen davon, dass jede Generalisirung eines Erfahrungssatzes, der sich aus einer Reihe konkreter Fälle herausgebildet hat, (namentlich für weniger gewiegte Richter) meist sehr gefährlich wird, indem leicht aus Bequemlichkeitsrücksichten Fälle unter die fixe Regel gebracht werden können, die, genau betrachtet, gar nicht unter dieselbe subsumirt werden sollten.

Tatsache ist, dass Kantone, welche in den übrigen Kapiteln des Beweisrechtes der freien Beweiswürdigung grossen Spielraum gewähren, im Urkundenbeweise die alte Legaltheorie beibehalten haben, dass auch der *schaffhauser* und der *aargauer* Entwurf, die beide im übrigen das genannte moderne Prinzip sozusagen vollkommen durchgeführt haben, an der Legaltheorie bezüglich der Beweiskraft der Urkunde festhalten.

Zwei Sätze sind es hauptsächlich, welche den Richter in der Beurteilung der Beweiskraft leiten sollen. Beiden liegt die Ansicht zu Grunde, dass ein Papier in den Händen des Beweisführers nur dann vollen Glauben verdiene, wenn es von unparteiischer Seite herrühre. Vor allem hielt man jede Ur-

kunde, die den Beweisgegner zum Aussteller hat, für unbedingt glaubwürdig und mass ihr deshalb volle Beweiskraft zu; das ist die positive Seite der Legaltheorie; und sodann erklärte man jedes Aktenstück, das vom Beweisführer selbst zu dessen Gunsten geschrieben ist, für beweisuntüchtig: *scriptura pro scribente non probat,* das ist die negative Seite.

1. Die positive Beweisregel, dass eine Urkunde, die vom Beweisgegner ausgestellt ist, vollen Beweis liefere (sie entspricht sowol dem gemeinen als auch dem französischen Rechte) wird oft auch in die Form gekleidet, nach welcher gesagt wird, eine Urkunde beweise nur gegen den Aussteller, contra scribentem; da im Prozesse nur gegen den Beweisgegner zu beweisen ist, so ist klar, dass also Aussteller und Beweisgegner ein und dieselbe Person sein müssen. Soweit es sich aber im Beweisverfahren um obligatorische Verhältnisse handelt, insoweit muss sich auch der Rechtsnachfolger des Beweisführers die Urkunde, die der letztere ausgestellt hat, gefallen lassen, ebenso derjenige, welcher für die Handlungen des Ausstellers rechtlich haftbar ist. So sagt denn z. B. die *bundesgerichtliche* C. P. O. in Art. 107 Abs. 2 ganz richtig:

> Auch dritte Personen, welche als Rechtsnachfolger oder in anderer Eigenschaft für die Handlung des Ausstellers zu haften haben, werden durch dessen Unterschrift gebunden; es wäre denn, dass ein arglistisches Einverständnis zwischen dem Aussteller und demjenigen, zu dessen Gunsten die Urkunde lautet, zum Nachteile jener dritten Personen, wahrscheinlich gemacht werden könnte.

Sei nun der Inhalt der Urkunde ein den Beweisgegner verpflichtendes Rechtsgeschäft, ein Geständnis oder ein Zeugnis des Beweisgegners, so ist immer der Gesichtspunkt des Geständnisses massgebend, und es gilt dabei der Satz, dass dasjenige, was der Probat selber zu seinen Ungunsten geschrieben hat, vollen Glauben verdiene.

In dieser Weise ist die Beweiskraft der Privaturkunde im *bundesgerichtlichen* Civilprozesse (Art. 107), in den Kantonen *Uri* (§ 47 c), *Schwyz* (§ 185, Entwurf § 153), *Obwalden* (Art. 66), *Glarus* (§ 172), *Zug* (§ 71), *Baselstadt* (§ 106), *Baselland* (§ 117), *St. Gallen* (Art. 140), *Aargau* (§ 133), *Thurgau* (§ 164) und *Tessin* (Art. 181) geregelt. In *Baselstadt* ist die Beweiskraft aber beschränkt auf solche vom Produkten ausgestellte Urkunden, die dem Produzenten oder seinem Rechtsvorfahr und mit Rücksicht auf die jetzt im Streit liegende Sache ausgestellt war. Der *schaffhauser* Entwurf nimmt insofern eine freiere Stellung als die übrigen Kantone ein, als nach ihm (§ 269) die vom Aussteller unterschriebene Urkunde vollen Beweis nicht für den Inhalt, sondern nur dafür begründet, dass die in derselben enthaltenen Erklärungen abgegeben worden sind. Diese dem *deutschen* Reichscivilprozess (§ 381) entnommene Normirung hat den Vorzug, dass sie die Prüfung des materiellen Inhaltes der Urkunde vollständig in das Ermessen des Richters stellt und deshalb mit dem materiellen Civilrechte nie in Kollision kommen kann. Sie geht überdies parallel jener ziemlich verbreiteten Regelung der Beweiskraft öffentlicher Urkunden, wonach nur die b e - z e u g e n d e Kraft formal geregelt wird. Nicht den gleichen Standpunkt nehmen *Bern* (§ 196) und *Luzern* (§ 123) ein, wo die Beweiskraft der Privaturkunde (darunter ist wol die formale zu verstehen) inhaltlich einfach von ihrer Verbindlichkeit für die Parteien abhängig gemacht wird.

Eine Konsequenz der positiven Beweisregel ist die, dass die Urkunde, die ein Dritter ausgestellt hat, ohne Beweiskraft bleiben muss. Interessanterweise und im Widerspruch zum gemeinen und französischen Rechte haben nun einige Kantone diese Konsequenz ausdrücklich beseitigt und unter gewissen Voraussetzungen auch der von einem D r i t t e n ausgestellten Urkunde Beweiskraft beigelegt. Hieher gehören einmal die Kantone *Schwyz* (§ 186), *Obwalden* (Art. 66 Abs. 2) und *Zug* (§ 71 Abs. 2), welche sagen:

Ist die Urkunde von einem Drittmann ausgestellt, der bezüglich auf das fragliche Rechtsgeschäft alle Eigenschaften eines gesetzlichen Zeugen in sich vereinigt, so kann sowol für den Kläger als für den Beklagten ein voller Beweis daraus hergeleitet werden. (So *Schwyz*; *Unterwalden* und *Zug* nur redaktionell verschieden und mit dem Zusatz „je nach Gestalt der Sache.")

Die Beweiskraft einer solchen Urkunde, die sich stets als ein Zeugnis darstellt, ist demnach keine obligatorische. Sie wird wol nur dann angenommen werden, wenn der Aussteller der Urkunde gestorben oder aus einem andern Grunde nicht als Zeuge vor Gericht gestellt werden kann und wenn das Gericht keine Zweifel über dessen Glaubwürdigkeit hegt. Beschränkter ist die Zulassung solcher Zeugnisurkunden in *Uri* (§ 47 litt. d), wo Schriften als Urkunden gelten, die ein unparteiischer zeugenfähiger Drittmann vor entstandener Rechtsfrage ausgestellt hat, während schriftliche Zeugnisse von Privatpersonen, die zum Behufe eines bereits obwaltenden Rechtsstreites ausgestellt worden sind, ohne freiwillige Anerkennung des Gegners keine Beweiskraft haben. In *St. Gallen* (Art. 14) sind Urkunden von Drittleuten als Indizien zu betrachten und ihr Gewicht ist in jedem Falle nach den persönlichen Verhältnissen des Ausstellers und nach den Umständen zu beurteilen, unter welchen die Ausstellung stattgefunden hat. Ebenso finden in *Thurgau* (Art. 167), wo der Art. 109 des *bundesgerichtlichen* Civilprozesses beinahe wörtlich adoptirt worden, solche Urkunden Berücksichtigung (als Beispiel werden Rechnungsbelege angeführt), und zwar um so mehr, je unbescholtener und unbefangener der Aussteller war und je mehr er sich in der Lage befand, die Verhältnisse genau zu kennen. Jedoch, wird hier ausdrücklich bestimmt, fallen schriftliche Zeugnisse von Personen, welche als Zeugen abgehört werden können, zum Zwecke der prozessualischen Benutzung für eine Partei ausser alle Würdigung. Endlich gehört zu dieser Gruppe noch *Baselstadt* (§ 107), wo schrift-

liche Mitteilungen irgendwelcher Art, die eine Partei an einen Dritten über das im Streit liegende Verhältnis gemacht hat, keine unmittelbare Beweiskraft haben, sondern höchstens mit grosser Vorsicht aufzunehmende Indizien bilden.

Es ist höchst bezeichnend, dass alle die genannten Kantone, welche Urkunden dritter Personen zulassen, dabei das Ermessen des Richters walten lassen, insofern sie davon zum Teil allerdings nur die Anwendung der formalen Beweiskraft abhängig machen, zum Teil aber auch dieselben bezüglich des Grades der Beweiskraft der konkreten Würdigung des Richters anheimstellen. Damit ist zugegeben, dass der Urkundenbeweis doch nicht ganz schablonenhaft behandelt werden kann.

Was aber die Zulassung des blossen schriftlichen Zeugnisses betrifft, so ist dieselbe als höchst gefährlich zu bezeichnen, wenn sie nicht in die Grenzen verwiesen wird, mit denen sie die *bundesgerichtliche* C. P. O. und *Thurgau* umgeben. Der Richter, welcher an gar keine Beweisregeln gebunden ist, wird immer das grösste Misstrauen demjenigen schriftlichen Zeugnisse entgegenbringen, dessen Aussteller vom Produzenten als Zeuge benutzt werden könnte. Das mündliche Zeugnis hat ja ungeheure Vorzüge vor dem schriftlichen, das keinen Aufschluss gibt über die Art und Weise, wie der Aussteller zu der Wahrnehmung der streitigen Tatsache gekommen ist — litterae non erubescunt —, das keine sichere Kontrole über das Verhältnis des Ausstellers zu den Parteien zulässt und dem die Garantien der richterlichen Ermahnung zur Angabe der Wahrheit, der Androhung mit der Strafe des falschen Zeugnisses, der Vereidigung u. s. w. gänzlich abgehen. Hier müssen wir an jene Regel erinnern, die im englischen Prozessrechte als die oberste Regel des Beweisrechtes gilt [166]); nach ihr hat der Probant stets den besten Beweis zu liefern, d. h. er wird mit einem Beweismittel so lange nicht zugelassen, als er

---

[166]) Vgl. *Best*, Grundzüge des englischen Beweisrechtes, von Dr. *H. Marquardsen*, § 76.

ein besseres zur Verfügung hat. *Taylor*[167]) gibt die ratio dieser Regel in folgenden kurzen aber zutreffenden Worten an: „It is adopted for the prevention of fraud; for when better evidence is withheld, it is only fair to presume, that the party has some sinister motive for not producing it, and that, if offered, his design would be frustrated." Aus diesen Gründen werden auch wir gut tun, das schriftliche Zeugnis dann, wenn das mündliche über die nämliche Tatsache möglich wäre, einfach zurückzuweisen.

Wie bei der öffentlichen Urkunde, so sehen wir auch bei der Privaturkunde, dass einige Kantone die formale Beweiskraft so weit treiben, dass sogar der Gegenbeweis gegen dieselbe ausgeschlossen wird. In *Glarus* (§ 160) und *St. Gallen* (§ 138) geschieht dies unbedingt, da hier überhaupt jeder Gegenbeweis gegen einen einmal geleisteten vollen Beweis unzulässig ist, ebenso in *Uri* (§ 48) und im *schwyzer* Entwurf (§ 155), wo er gegenüber vollbeweisenden Urkunden (in *Uri* mit Ausnahme der Urkunden Dritter und der Rechnungsbücher) in der Regel ausgeschlossen ist und nur in denjenigen Fällen zugelassen wird, in denen er auch gegenüber der öffentlichen Urkunde geführt werden kann. (Vgl. oben). Nur der Zeugenbeweis ist gegen die vollbeweisende Urkunde unzulässig in *Schwyz* (§ 282), *Obwalden* (Art. 64), *Zug* (§ 65), und *Tessin* (Art. 213). Da diese Bestimmungen durchaus beweisrechtlicher also prozessualer Natur sind, so sind sie wie alle andern urkundenrechtlichen Vorschriften von dem Erlasse des eidgenössischen Obligationenrechtes in keiner Weise berührt worden,[168]) und existiren daher leider immer noch weiter.

2. Die negative Beweisregel: *scriptura pro scribente non probat* ist nur eine Umkehrung der positiven Regel,

[167]) *Taylor*, On Evidence § 363.

[168]) Über das Missverständnis, das hierüber in dem *schwyzer* Einführungsgesetz zum eidgen. Obligationenrecht zu Tage tritt, vgl. *Zeerleder* in der Zeitschr. für schweiz. Recht, N. F., Bd. II, p. 489.

sie findet sich daher neben der letzteren nicht überall ausdrücklich aufgestellt. So, im Gegensatz zum gemeinen Prozesse, auch nicht im *französischen* Rechte.

Sie wird ausdrücklich hervorgehoben in den Kantonen *Schwyz* (§ 187, Entwurf § 158), *Glarus* (§ 173), *Baselland* (§ 124) und im *schaffhauser* Entwurf (§ 270).

Das Wichtigste an dieser Regel, die sich nach der Maxime, dass Niemand zu seinen eigenen Gunsten Zeugnis ablegen kann, von selbst versteht, sind ihre Ausnahmen.

In Anlehnung an einige zweifelhafte Bestimmungen, die das römische Recht über die Beweiskraft von Rechnungsbüchern aufstellte und in Fortbildung der Lehre von den rationes der argentarii hat die mittelalterlich-italienische Jurisprudenz, getrieben von den Bedürfnissen des im Aufschwung begriffenen Handels, den Satz ausgebildet, dass ordentlich geführte Handelsbücher nicht nur gegen, sondern auch für den Buchführer beweisen. Mit der Zeit hat sich dieser Satz dann auf die Bücher der Handwerker und schliesslich auch auf die blossen, nach Art der Geschäftsbücher geführten Hausbücher (in *Freiburg* „Schlafbücher" genannt) ausgedehnt. Ihre Kraft wurde gemeinrechtlich auf einen halben Beweis unter der Voraussetzung festgesetzt, dass verschiedene die Glaubwürdigkeit unterstützende Adminikeln hinzutreten, dass namentlich der Geschäftsverkehr zwischen Probant und Probat wenigstens im allgemeinen hergestellt sei; um den Beweis voll zu machen, bedurfte es sodann noch der Leistung des Erfüllungseides von Seiten des Probanten.[169]) Ähnlich hat das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch in dem seit Inkrafttreten der D. R. C. P. O. nur noch in *Oesterreich* geltenden Art. 34 die Beweiskraft ordnungsmässig geführter Handelsbücher bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten auf einen durch Erfüllungseid oder andere Beweismittel zu ergänzenden unvollständigen Beweis fixirt.

---

[169]) Alles nach *Wetzell*, System, § 24, p. 224 ff.

Die gemeinrechtliche Regulirung haben die Kantone *Solothurn* (§ 284)[170]) und *St. Gallen* (Art. 143) adoptirt, und mit Modifikationen auch die Kantone *Baselstadt* (§ 108), *Aargau* (§ 138), *Obwalden* (Art. 67), *Zug* (§ 72) und *Luzern* (§ 130). In den vier letztgenannten Kantonen ist der Buchbeweis nur subsidiär, d. h. nur in Ermangelung anderer Beweismittel, statthaft; *Luzern* unterscheidet sich dadurch, dass der Erfüllungseid nur auf Verlangen des Beweisgegners zu schwören ist, und in *Obwalden*, *Zug* und *Baselstadt* ist es in das Ermessen des Richters gelegt, den Erfüllungseid dem Probanten aufzulegen oder nicht, so dass also in diesen drei Kantonen der Buchbeweis unter Umständen für sich allein vollkräftig ist.

In den Kantonen *Uri* (§ 49 Abs. 2), *Schwyz* (§ 187, Entwurf § 158), *Glarus* (§ 173) und *Tessin* (Art. 183) hat der Buchbeweis sogar stets volle Beweiskraft, jedoch wird in *Tessin* ausdrücklich der Gegenbeweis vorbehalten, der gegenüber andern Urkunden wenigstens in der Form des Zeugenbeweises ausgeschlossen ist.

Gleichwie im gemeinen Recht knüpfen die Kantone *Luzern*, *Schwyz*, *Schwyz* Entwurf, *Obwalden* und *Zug* die volle Beweiskraft einmal an die in § 19 I behandelten, zum Teil ziemlich strengen formellen Voraussetzungen und sodann an die Bedingung, dass der Verkehr des Buchführers mit dem Beweisgegner im allgemeinen konstatirt sei. Darüber hinaus verlangen *Luzern* und *Schwyz*, sowie der *schwyzer* Entwurf noch, dass der Buchführer nie wegen eines Treu und Glauben verletzenden Verbrechens bestraft worden sei, wie ähnlich *Glarus* einen ehrlichen unbescholtenen Mann als Buchführer voraussetzt.

Ausserdem finden sich zeitliche Beschränkungen der Beweiskraft in den Kantonen *Luzern*, *Solothurn*, *Aargau* und *Tessin*. In *Luzern* dürfen nämlich die Buchforderungen

---

[170]) Dass dieser Kanton hieher gehört, ist eine auffallende Erscheinung, da er sonst im Urkundenbeweis das freie richterliche Ermessen total unbeschränkt durchführt.

nicht länger als vier Jahre ausstehen, in *Solothurn* dürfen sie nicht mehr als zwei Jahre alt sein und in *Aargau* endlich sollen sie keinen längern Zeitraum als drei Jahre umfassen und müssen binnen sechs Monaten nach Schluss der Rechnung eingeklagt werden.

Auch hier taucht aber die Idee der freien Beweiswürdigung wieder auf, indem in *Luzern* und *Schwyz* sowie im *schwyzer* Entwurf ein Buch, bei welchem nicht alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, nach Ermessen des Richters einen halben Beweis bilden kann. Ja, in *Glarus* wird die Würdigung der Beweiskraft einer solchen Urkunde überhaupt in das Ermessen des Richters gestellt.

Auf rationellerer Grundlage beruht endlich die Behandlung der Beweiskraft der Handels- und Hausbücher in den Kantonen *Baselland* (§ 124), *Schaffhausen* Entwurf (§ 270), *Appenzell A.-Rh.* (§ 74), *Aargau* Entwurf (§ 197) und *Thurgau* (Art. 166), indem hier, wie auch in der *bundesgerichtlichen* C. P. O. (Art. 108 Abs. 2), die Beweiskraft der freien richterlichen Würdigung vollständig anheimgegeben ist.

An dieser Stelle müssen wir nun noch einmal auf die Kantone der **französischen Schweiz** zurückkommen, da oben des Zusammenhanges wegen der Buchbeweis dieser Kantone nicht behandelt worden ist.

Während das *französische* Recht nur den Handelsbüchern im Prozesse zwischen zwei Kaufleuten beweisende Kraft zu Gunsten des Ausstellers beimisst (Art. 1329 ff.), haben verschiedene welsche Kantone, hievon abweichend, den Buchbeweis mit formaler Kraft für und gegen Kaufleute und Nichtkaufleute ausgestattet. So vor allem *Freiburg* in seinen sehr detaillirten Bestimmungen der Art. 2240—2250, wo die Bücher unter der Voraussetzung, dass der Buchführer gut beleumdet, und weder zahlungsunfähig sei, noch unter der Last eines peinlichen Strafurteils sich befinde, beweiskräftig sind, jedoch auf Verlangen des Probaten mit dem Erfüllungseid zu bekräftigen sind. In *Waadt* kann das von einem gutbeleumdeten

Manne geführte Buch in Verbindung mit dem Erfüllungseide ebenfalls vollen Beweis zu Gunsten des Buchführers liefern (Art. 1019 ff.); ebenso steht es in *Wallis* (Art. 1197 ff.), wo die Bücher vorbehältlich des Gegenbeweises auch für den Aussteller beweisen und nur auf Verlangen des Probaten durch Eidesleistung zu bekräftigen sind. Eigentümlich ist aber hier die Beschränkung der Beweiskraft auf Forderungen, die einen gewissen Maximalbetrag nicht übersteigen. So beweisen

die Bücher der Handwerker bis auf	Fr. 35
diejenigen der Wirte bis auf	„ 60
diejenigen der Bäcker bis auf	„ 75
und diejenigen der Fleischer und der im Lande wohnsitzenden Handelsleute bis auf	„ 120

Ähnliche zeitliche Beschränkungen wie in *Luzern, Solothurn, Aargau* und *Tessin* finden sich in *Freiburg*, wo die Forderung nicht mehr als drei Jahre, und in *Waadt*, wo sie nicht mehr als ein Jahr alt sein darf.

Neuenburg (Art. 1078 ff.) und *Genf* weisen dagegen die französischrechtliche Normirung auf. Hier können die Bücher nach Ermessen des Richters höchstens den Anfang eines schriftlichen Beweises oder die Grundlage für einen Ergänzungseid (Erfüllungs- oder Reinigungseid) bilden.[171]

In das Kapitel der Beweiskraft gehört sodann auch noch die Lehre von dem **documentum referens**. Der Satz, dass eine Urkunde, die sich auf eine andere nicht produzirte Urkunde bezieht, für sich allein nichts beweise — *referens sine relato nil probat* — ist namentlich im *französischen* Rechte in der Lehre von den actes récognitifs und confirmatifs ausgebildet worden. Aber auch einige deutschschweizerische Kantone stellen ihn, wie die *bundesgerichtliche* C. P. O. (Art. 112), in

---

[171]) Vgl. für das französische Recht *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch, IV. Bd., § 753, p. 558.

der Gestalt auf, dass sie verlangen, dass das documentum relatum in Verbindung mit dem documentum referens vorzulegen sei. So *Zürich* (§ 417), *Bern* (§ 194), *Freiburg* (Art. 372 Abs. 3), *Schaffhausen* Entwurf (§ 275), *Appenzell A.-Rh.* (§ 75 Abs. 3), *Aargau* (§ 143) und *Thurgau* (Art. 168).

Die französische Lehre von den Anerkennungsurkunden (actes récognitifs, Art. 1337) hat den Fall im Auge, wo eine frühere Urkunde verpflichtenden Inhalts später inhaltlich in einer neuen Urkunde erneuert wird, z. B. in der Form eines constitutum debiti. Hiebei bestimmt das *französische* Recht, dass die Produktion der neuen Urkunde nur dann von der Produktion des ursprünglichen Titels dispensire, wenn der Inhalt des letztern in dem produzirten documentum referens genau enthalten (spécialement relaté)[171a]) ist. Was mehr oder anders als in dem ursprünglichen Titel enthalten ist, hat gar keine Wirkung. Eine Ausnahme wird nur dann zugelassen, wenn mehrere gleichlautende Anerkennungen vorhanden sind, welche durch den Besitzstand unterstützt sind und von denen eine wenigstens 30 Jahre alt ist; in diesem Falle kann der Gläubiger von der Produktion des ursprünglichen Titels dispensirt werden. Diese Lehre haben *Genf* (Art. 1337 f.) und *Neuenburg* (Art. 1087 ff.) adoptirt, letzteres fügt der zuletzt angeführten Ausnahme noch den Fall hinzu, wo in dem documentum referens die ausdrückliche Erwähnung enthalten ist, dass die ursprüngliche Urkunde verloren gegangen oder zerstört worden sei. *Freiburg* und *Waadt* erwähnen die actes récognitifs gar nicht, und *Wallis* (Art. 1209) gibt der Anerkennungsurkunde Beweiskraft, lässt aber den Gegenbeweis mittelst Vorweisung der ursprünglichen Urkunde dafür zu, dass in der Anerkennungsurkunde die ursprüngliche Schuld irrtümlich oder vermehrt angegeben werde.

Die Bestätigungsurkunde (acte confirmatif), welche

[171a]) *Zachariä von Lingenthal* sagt: „seinem wesentlichen Inhalte nach." Handbuch, II. Bd., § 338, p. 435 (Note 8).

eine Verbindlichkeit enthält, gegen welche das Gesetz eine Nichtigkeits- oder eine Auflösungsklage gestattet, ist nach *französischem* (Art. 1338), *genferischem* (Art. 1338), *waadtländischem* (Art. 994), *walliser* (Art. 1210) und *neuenburgischem* (Art. 1090) Recht nur dann gültig und hat also auch nur dann Beweiskraft, wenn man darin den wesentlichen Inhalt jener Verbindlichkeit (den Grund zur Auflösungsklage) und die Absicht, den Fehler, worauf sich diese Klage bezieht, zu verbessern, angezeigt findet. Das eingeklammerte Requisit wird in *Waadt* und *Neuenburg* nicht aufgestellt.

Endlich ist noch die Beweiskraft der **Kopien** zu erörtern. Dass eine einfache unbeglaubigte Abschrift irgendwie Beweiskraft beanspruchen könne, davon kann nicht die Rede sein, denn für die Tatsache, dass dieselbe mit dem Originale vollständig übereinstimme, liegt ja nicht der geringste Anhaltspunkt vor. Der Richter hat jedenfalls das Recht, behufs Prüfung der Beweiskraft, eine Vergleichung mit dem Originale zu verlangen (Prinzip des besten Beweises), oder doch, wenn das letztere nicht mehr vorhanden ist, die Zulassung der einfachen Abschrift von der Anerkennung derselben durch den Probaten abhängig zu machen. Liegt dagegen eine Abschrift vor, deren Übereinstimmung mit dem Originale von einem zuständigen öffentlichen Beamten garantirt wird, so ist für den Richter kein Grund vorhanden, derselben seinen Glauben zu versagen und sie bezüglich der Beweiskraft anders zu behandeln als das Original. Gemeinrechtlich galten allerdings nur die beglaubigten Abschriften öffentlicher Urkunden als den Urschriften gleichwertig. *Bayer*[172]) sagt: „Vidimirte (beglaubigte) Abschriften von blossen Privaturkunden werden aber wegen der Möglichkeit einer Täuschung der beglaubigenden Behörde über die Ächtheit des angeblichen Originals mit Recht den einfachen Kopien gleichgestellt." Allein wenn man bedenkt, dass wegen

---

[172]) Vorträge, § 255, p. 852.

der blossen Möglichkeit einer Täuschung des beglaubigenden Beamten, die überdies auch gegenüber dem Prozessgerichte vorhanden ist, alle beglaubigten Abschriften samt und sonders, mögen sie dem Richter noch so glaubhaft sein, der Beweiskraft beraubt würden, so muss man es für richtiger finden, dass ihre Beweiskraft wenigstens in das freie Ermessen des Richters gelegt wird, der dann wol nur bei erheblichen Verdachtsgründen die Glaubwürdigkeit der Abschrift und damit ihre Beweiskraft negiren wird. Nach der wolbegründeten *englischen* Regel des *besten Beweises* muss man aber dem Richter und dem Probaten das Recht einräumen, da, wo das gegenwärtige Vorhandensein des Originals konstatirt wird, vom Probanten die Produktion der letztern zu verlangen.

Dass endlich amtliche Protokoll- und Registerauszüge den amtlichen Originalprotokollen und -Registern an Beweiskraft gleichgestellt seien, daran hat noch niemand gezweifelt.

In den Kantonen der **deutschen Schweiz** wird nun da, wo die Abschriften überhaupt erwähnt werden, überall die Pflicht für den Probanten zur Vorlegung des Originals aufgestellt. Die meisten Gesetze verwischen aber die hierin liegende Regel des besten Beweises dadurch, dass sie die gesetzlich zum Beweise zugelassenen Abschriften den Originalien ohne weiteres gleichstellen, dem Richter oder dem Probaten also nicht das Recht einräumen, die Produktion des Originales da, wo sie noch möglich ist, zu verlangen. Auf dem gegenteiligen Standpunkt steht nur der *schaffhauser* Entwurf in § 321:

> Die von den Parteien angerufenen Urkunden sind durch den Instruktionsrichter in Urschrift oder, wenn dies nicht möglich oder nicht wol tunlich ist, in beglaubigter oder anerkannter Abschrift zu den Akten zu erheben.

und ähnlich auch *Aargau* (§ 144) und der *aargauer* Entwurf (§ 199), welche dem Probaten das Recht einräumen, vom Probanten in allen Fällen die Vorlegung der Urschrift zu verlangen; der Entwurf fügt dabei hinzu: Ist die Einlage des Originals

der Partei nicht möglich, so trifft der Richter die angemessenen Verfügungen.

In den Kantonen *Zürich* (§ 416), *Bern* (§ 195), *Luzern* (§ 119) und *Schaffhausen* (§ 274) werden, wie im gemeinen und im *bundesgerichtlichen* Prozesse (Art. 110) nur die beglaubigten Abschriften öffentlicher Urkunden den Originalien gleichgestellt (so auch in der D. R. C. P. O. § 400), ausserdem aber auch die von den Beteiligten (in *Bern* und *Luzern* durch Unterschrift als ächt) anerkannten Abschriften sei es öffentlicher, sei es privater Urkunden; *Bern* und *Luzern* nennen sie „Vidimusbriefe“.

Neben den anerkannten Abschriften lassen endlich die Kantone *Schwyz* (§ 189), *Obwalden* (Art. 70), *Zug* (§ 75) und *Appenzell A.-Rh.* (§ 74) alle beglaubigten (fidemirten) Abschriften, also auch diejenigen privater Urkunden mit gleicher Beweiskraft wie die Originalien zu. In der *bundesgerichtlichen* C. P. O. (Art. 114 Abs. 2) begründen beglaubigte Abschriften von Privaturkunden dann die Vermutung des früheren Vorhandenseins einer gleichlautenden Urschrift, wenn sie seit wenigstens zehn Jahren in einem öffentlichen Archive sich befunden haben, oder ihrem Datum und ihrer übrigen Beschaffenheit nach höchst wahrscheinlich über vierzig Jahre alt sind. Unbeglaubigte Abschriften können unter den nämlichen Voraussetzungen wenigstens ein Indicium hiefür bilden.

Aus den detaillirten Vorschriften des zum grössten Teil in das Recht der **französischen Schweiz** übergegangenen *französischen* Rechtes (Art. 1334 ff.) sind folgende Grundsätze hervorzuheben:

1. So lange das Original vorhanden ist, beweisen die Abschriften nur den Inhalt des Originals, dessen Vorweisung vom Probaten jederzeit verlangt werden kann. (Art. 1334).

2. Gleiche Beweiskraft wie das Original haben nur beglaubigte Protokoll- oder Registerauszüge oder die Protokolle selbst, und dies nach dem ersten Grundsatze auch nur dann, wenn das Original nicht mehr existirt. (Art. 1335 f.)

Den ersten Grundsatz haben die Kantone *Freiburg* (Art. 2251), *Waadt* (Art. 992), *Wallis* (Art. 1204) und *Genf* (Art. 1334) adoptirt, und den zweiten treffen wir ebenfalls in diesen Kantonen an, allein im einzelnen finden sich verschiedene Abweichungen in *Freiburg*, *Waadt* und namentlich in *Wallis*. Sie hier alle zu erwähnen, würde zu weit führen.

Ganz selbständig hat *Neuenburg* (Art. 1084) die Kopien behandelt. Hier werden die Kopien der actes sous seing privé präziser von denjenigen der titres authentiques unterschieden und den erstern, auch wenn sie beglaubigt sind, nur dann Beweiskraft beigemessen, wenn entweder der Probat sie anerkennt, oder ein Urteil in kontradiktorischem Verfahren zwischen den Beteiligten konstatirt hat, dass sie an die Stelle des verlorenen oder zerstörten Originales getreten sei. Die Kopien der öffentlichen Urkunden haben, wenn sie beglaubigt sind, ebenfalls nur unter der zuletzt genannten Voraussetzung die gleiche Beweiskraft wie das Original; die einfache Kopie dagegen kann nur als Anfang eines schriftlichen Beweises dienen.

§ 22.

3. Die Editionspflicht.

Die Lehre von der Pflicht der Urkundenedition hat ihre Entwicklung zweimal durchgemacht. Im ältern römischen Rechte waren ausschliesslich civilrechtliche Grundsätze für die Regelung der Editionspflicht massgebend; später wurden wenigstens die argentarii unbedingt verpflichtet, ihre rationes herauszugeben, auch wenn sie in dem betreffenden Prozesse gar nicht beteiligt waren,[173]) und durch verschiedene kaiserliche Konstitutionen ist der Kreis der von der Editionspflicht betroffenen

[173]) L. 10 pr. D. de edendo 2,13: argentarius rationes edere iubetur: nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio. (GAIUS ad edictum.)

Urkunden erheblich erweitert worden,[174]) bis *Justinian* in l. 22 C. de fide instr. 4, 21[175]) die Editionspflicht analog der allgemeinen Zeugnispflicht auf alle im Besitze einer vom Probanten angerufenen Urkunde befindlichen Personen überhaupt, d. h. ohne jede Rücksicht auf civilrechtliche Verpflichtungsgründe, ausdehnte. Die angeführte Konstitution ist in griechischer Sprache abgefasst und wurde deshalb nicht glossirt — *graeca non leguntur* — und folglich auch nicht recipirt. So hat sich denn im gemeinen Prozesse die vorwiegend civilrechtliche Grundlage der Editionspflicht festgesetzt, und danach kann nur derjenige, welcher ein Eigentums- oder Miteigentumsrecht, ein anderes dingliches Recht an der Urkunde oder ein obligatorisches Recht auf Herausgabe derselben hat, mit Erfolg die Edition verlangen.[176]) Nach *Bayer*[177]) hat sich jedoch auch im gemeinen Prozesse der prozessuale Begriff der Gemeinschaftlichkeit der Urkunde und der Beweisbestimmung derselben im Sinne der Begründung einer erweiterten Editionspflicht in Anlehnung an einige römischrechtliche Quellenstellen ausgebildet. Demnach ist der Besitzer einer Urkunde sowol dann zur Edition verpflichtet, wenn dieselbe über ein zwischen ihm und dem Probanten gemeinschaftliches Rechtsverhältnis errichtet worden ist, als auch dann, wenn die Urkunde im Interesse des Probanten zum Beweise eines diesem zustehenden Rechtes abgefasst wurde.

Die *deutsche* Partikulargesetzgebung und mit ihr die *schweizerische* ist aber zum Teil viel weiter gegangen und hat die justinianeische Verallgemeinerung der Editionspflicht wieder aufgenommen. Man fand, dass die gleichen Gründe, welche zu der Aufstellung der allgemeinen Zeugnispflicht geführt haben, auch für die allgemeine Editionspflicht sprechen. So hat ins-

---

[174]) Vgl. *Bayer*, Vorträge, § 292, p. 958 f.

[175]) . . . *βούλεται μὲν ἡ διάταξις τὸν ἔχοντα τὸ δικαίωμα προφέρειν αὐτό, εἰ μηδὲν ἐκ τῆς κομιδῆς αὐτοῦ μέλλει καταβλάπτεσθαι* . . .

[176]) Vgl. *Wetzell*, System § 24, p. 249.

[177]) *Bayer*, Vorträge § 292 p. 958 f.

besondere die Musterprozessordnung des Königreichs *Hannover* (§§ 311 und 319) den Satz ausgesprochen, dass sowol die Parteien als auch jeder Dritte verpflichtet sei, zu Gunsten des Probanten eine in ihrem Besitze befindliche Urkunde vorzulegen oder den (auch im gemeinen Rechte vorgesehenen) Eid zu schwören, dass sie die Urkunde weder besitzen noch dolos beseitigt haben und auch nicht wissen, wo dieselbe sich befinde (Editionseid).

In der *Schweiz* haben wir seit Einführung des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht gemeines Recht über die Pflicht Derjenigen, welche zur Führung von Geschäftsbüchern verpflichtet sind, zur Vorlegung der letztern, sowie der Geschäftsbriefe und Telegramme in Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse, welche aus dem Betriebe eines Geschäftes herrühren (Art. 879 l. c.).

Von den Prozessordnungen der Kantone, unter denen *Luzern, Nidwalden, Tessin, Waadt* und *Genf* die Editionspflicht gar nicht regeln, haben sich nur diejenigen der Kantone *Zürich* (§ 409), *Uri* (§ 50), *Schwyz* (§§ 190), *Solothurn* (§§ 227 ff.), *Baselstadt* (§§ 109), *Schaffhausen* (§ 266 ff.), *Wallis* (§§ 214 ff.) und *Neuenburg* (Art. 268 ff.) dem gemeinrechtlichen System im Sinne der *Bayer*'schen Theorie angeschlossen, während die übrigen zwölf (*Bern* §§ 203 ff., *Obwalden* Art. 68, *Zug* § 73, *Glarus* § 167, *Freiburg* Art. 377 ff., *Baselland* §§ 121 ff., *Schaffhausen* Entwurf § 322, *Appenzell A.-Rh.* § 76, *Appenzell I.-Rh.* Beweisverordnung Art. 4, *St. Gallen* Art. 146, *Graubünden* Art. 168, *Aargau* Art. 150 ff., *Aargau* Entwurf §§ 212 ff. und *Thurgau* §§ 170 ff.) mit dem *bundesgerichtlichen* Civilprozesse (Art. 118 und 119) im Wesentlichen die allgemeine Editionspflicht, wie sie die *hannöver*'sche Prozessordnung normirt hat, eingeführt haben. In *Waadt* finden sich nur Vorschriften über das Editionsverfahren. Hauptsächliche Abweichungen in der ersten Gruppe machen sich insofern geltend, als in *Zürich, Solothurn, Baselstadt* und *Neuenburg* der Editionseid nicht existirt und in *Baselstadt*

die Editionspflicht auch auf diejenigen Urkunden sich erstreckt, „die nach Beschaffenheit der Umstände in die Hände des Gegners gehören und nur durch Zufall oder Missbrauch in den Besitz der betreffenden Partei gelangt sind". In *Wallis* ist der Beweisgegner unbeschränkt verpflichtet, dem Beweisführer diejenigen Urkunden zu ediren, welche diesem zum Beweise seiner Klage oder Einrede dienen können. Der Dritte dagegen unterliegt dieser allgemeinen Editionspflicht nicht. Von den Kantonen der zweiten Gruppe kennen alle den Editionseid des Beweisgegners mit Ausnahme von beiden *Appenzell* und des *aargauer* Entwurfes. Während aber *Bern*, *Baselland, St. Gallen, Graubünden* und *Aargau* den Editionseid sowol dem Beweisgegner als auch dem editionspflichtigen Dritten auflegen, stellen ihn die übrigen Kantone nur für den Beweisgegner auf und behandeln den Dritten wie einen Zeugen, indem sie ihn beeidigt oder unbeeidigt über den Besitz der zu edirenden Urkunde einvernehmen. — In *Graubünden* wird der Editionseid nur auf Antrag einer Partei aufgelegt.

Die Weigerung der editionspflichtigen Partei hat in der ersten wie in der zweiten Gruppe in der Regel die Annahme der Richtigkeit des vom Probanten behaupteten Inhaltes der Urkunde zur Folge. In *Baselstadt* (§ 111) hat der Beweisführer jedoch vorerst den Inhalt der Urkunde mit Handgelübde an Eidesstatt als wahr zu erklären, und in *Zürich* (§ 412) kann der Richter je nach Umständen dem Editionspflichtigen den Beweis für die Unrichtigkeit der vom Beweisführer behaupteten Tatsachen auferlegen, oder den Inhalt der vorzulegenden Urkunde nach Angabe des Letztern oder der von ihm beigebrachten Abschrift als erwiesen annehmen. Der editionspflichtige Dritte wird analog dem Zeugen behandelt und im Falle der Weigerung wie ein widerspänstiger Zeuge bestraft. — Die Folgen der Weigerung werden gar nicht geregelt in den Kantonen *Appenzell A.-Rh.* und *I.-Rh.*, sowie *St. Gallen.*

Drittes Kapitel.

Die Zeugen.

§ 23.

Einleitung.

Der Zeugenbeweis ist dasjenige Kapitel des Beweisrechtes welches am raschesten und sichersten Aufschluss gibt über, die Stufe, welche die jeweiligen Civilprozessgesetze einnehmen, denn hier zeigt es sich sogleich, ob der Gesetzgeber sich von den Fesseln des scholastischen gemeinrechtlichen Beweisrechtes frei gemacht oder nicht.

Dem Richter möglichst wenig freien Spielraum in der Würdigung der Zeugenaussagen zu lassen nach dem missverstandenen Satze *optima lex est quae iudici minimum relinquit*, war die Tendenz, welche sich seit der Glossatorenzeit auf dem Gebiete des gemeinen und kanonischen Rechtes bis in unser Jahrhundert hinein geltend machte. Erst in neuerer und neuester Zeit hat in Deutschland und der deutschen Schweiz, nachdem Frankreich längst vorangegangen, eine Entwicklung begonnen, die wol als die Renaissancezeit, die Regeneration des Beweisrechtes bezeichnet werden darf. Die unendlich manigfaltigen und komplizirten Kategorien der verschiedenen Arten von Zeugen, der testes habiles, naturaliter inhabiles und civiliter inhabiles, der testes suspecti, der ablehnbaren oder verwerflichen Zeugen, die verwickelten, casuistisch bis in das feinste Detail ausgebildeten Vorschriften über die Beweiskraft des Zeugnisses und namentlich der berühmte Satz *testis unus testis*

nullus sind um die Mitte des gegenwärtigen Jahrhunderts im Strafprozesse beinahe überall zu Falle gebracht worden, um allmälig aber auch im Civilprozesse dem Prinzipe der freien richterlichen Würdigung Platz zu machen.

Die Tatsache, dass eine Anzahl der schweizerischen Kantone die gemeinrechtliche Zeugenbeweistheorie in ihrer blühendsten Gestalt rezipirt haben, ist wiederum recht charakteristisch für die durchaus formalistische unpopuläre Natur des Prozessrechtes. Auf der andern Seite muss es wol als eine lobenswerte Eigentümlichkeit derjenigen Kantone bezeichnet werden, die es sich nie haben einfallen lassen, den übergelehrten Apparat der italienisch-deutschen Jurisprudenz der letzten fünf Jahrhunderte bei sich aufzunehmen.

Die gegenwärtige Gestaltung der Zeugenbeweislehre in der *schweizerischen* Civilprozessgesetzgebung ist überaus manigfaltig; das lässt sich auch von vornherein erwarten, da die Prozessgesetze der einzelnen Kantone den verschiedensten Zeitstufen angehören. Während die Prozessordnungen der Kantone *Luzern, St. Gallen, Aargau, Tessin* und *Wallis* in ihren Vorschriften über den Zeugenbeweis so ziemlich auf dem Boden des alten gemeinrechtlichen Prozessrechtes stehen, und diejenigen der Kantone *Schwyz*, beider *Unterwalden* und *Zug* sich nicht weit von demselben entfernen, haben sich die Kantone *Uri, Solothurn, Baselland, Schaffhausen*, beide *Appenzell, Graubünden* und *Neuenburg* mehr und mehr von der gemeinrechtlichen Theorie emanzipirt, und ganz selbständig stehen die Kantone *Zürich, Bern, Baselstadt*, der *schaffhauser* und der *aargauer* Entwurf, sowie die welschen Kantone *Freiburg, Waadt* und *Genf* da. In eigentümlicher Stellung befinden sich die Prozessordnung des Kantons *Glarus*, wo augenscheinlich althergebrachte Beweisregeln das richterliche Ermessen zum Teil in ganz bestimmten Schranken halten, zum Teil aber doch die freie Beweiswürdigung zur Geltung kommen lassen, und der *schwyzer* Entwurf, welcher in allzu ängstlicher Weise einen Kompromiss zwischen den Anschauungen des

alten Gesetzes und denjenigen der modernen nach Freiheit ringenden Tendenzen herzustellen sucht. All' das wird sich aus der folgenden Darstellung im einzelnen ergeben.

Der juristische Begriff des Zeugen ist nur in *Baselstadt* und indirekt in *Thurgau* gesetzlich definirt. § 113 der *baselstädtischen* C. P. O. lautet:

> Unter Zeugen sind zu verstehen solche Personen, welche von einer zu beweisenden, für die Entscheidung erheblichen Tatsache durch eigene Sinnwahrnehmung Kenntnis haben.

Diese Definition entspricht vollständig der *Heusler*'schen Auffassung und muss nach den frühern Erörterungen als die richtige betrachtet werden. In gleicher Weise fasst die *thurgauische* C. P. O. den Zeugenbegriff auf, indem sie in § 190 bestimmt:

> Die Abhörung von Zeugen hat zum Zwecke, diejenigen vom Richter als erheblich befundenen Tatsachen, welche auf ihrer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung beruhen, zu erstellen.

Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich einmal, dass nur Derjenige Zeuge sein kann, welchem die Fähigkeit zukommt, die in concreto in Frage kommende Wahrnehmung zu machen und über dieselbe dem Richter zu berichten,[178]) und sodann, dass ein Zeugnis im technischen Sinne nur dann vorliegt, wenn die Aussage sich auf eine in concreto relevante streitige Tatsache bezieht, sei es der Rechtsakt selber, ein aussergerichtliches Ge-

[178]) Selbstverständlich können nur Menschen als Zeugen in Betracht kommen; der mystischen Anschauungsweise des Mittelalters entsprach es aber, dass auch Tiere zuweilen in der Rechtspflege sowol als Partei, als auch als Zeugen auftreten konnten, wie uns in verschiedenen glaubwürdigen Zeugnissen, die sich zum Teil auch auf die Schweiz beziehen, überliefert wird. Vgl. *Osenbrüggen*, Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte, Basel 1881, p. 142 ff., und *Lüning, O.*, die Natur, ihre Auffassung und poetische Verwendung in der altgermanischen und mittelhochdeutschen Epik bis zum Abschluss der Blütezeit. Zürich 1888, p. 306 ff.

ständnis oder ein Indicium. Das sind zwei unerlässliche Requisite, von denen jedoch das zweite in der Gesetzgebung nicht immer in der nötigen Klarheit zum Ausdrucke kommt.

Alle Vorschriften, die sich auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen beziehen, können nur als Bestimmungen über die Voraussetzungen der Beweiskraft in Betracht kommen, und hier beginnt die ausserordentlich grosse Verschiedenheit in der gesetzlichen Regulirung. Man wollte dafür sorgen, dass die in der Natur der Sache liegende Unsicherheit und Unzuverlässigkeit des mündlichen Zeugnisses so gut als möglich paralysirt werde, indem man dem Richter vorschrieb, einer Aussage nur dann Glauben zu schenken, wenn ganz bestimmte Bedingungen in der Person des Zeugen erfüllt seien.

Der Zeuge soll seine Aussage durchaus wahrheitsgemäss abgeben und deshalb muss einerseits seine Unparteilichkeit für den Richter feststehen und andererseits überhaupt seine Wahrheitsliebe auch nicht einmal blos präsumptiv in Frage stehen. Daraus ergeben sich für den Gesetzgeber, der die Willkür des Richters möglichst zu beschränken sucht, die Postulate, dass erstens beim Vorhandensein irgend eines Verhältnisses, das den Zeugen als in besondern Beziehungen zu einer der beiden Parteien stehend erscheinen lässt, wie Verwandtschaft, Freundschaft, Feindschaft, Abhängigkeit u. s. w., das Zeugnis als mindestens nicht vollwertig zu taxiren, und zweitens, dass der schlechte Leumund des Zeugen, welcher den letztern als unzuverlässig hinstellt, streng zu untersuchen und zu berücksichtigen sei. Eine Menge von Kategorien derartiger in ihrer Glaubwürdigkeit beschränkter Personen wurden demnach aufgestellt und sonderbarer Weise gab man es zum Teil dem Dispositionsrecht der Parteien anheim, über die Glaubwürdigkeit solcher Leute zu paktiren, indem man die Aussagen gewisser in diese Kategorien fallender Personen als für den Richter ohne weiteres glaubwürdig und deshalb bindend hinstellte, sobald der Beweisgegner sich deren Produktion gefallen liess; es sind dies die sogenannten verwerflichen

Zeugen. Hierin liegt unzweifelhaft ein grosser Irrtum, so verbreitet er auch ist, denn die Bildung der Überzeugung ist durchaus Sache des Richters; der letztere darf eine Aussage vernünftigerweise nie und nimmer für wahr erachten, wenn er von der Glaubwürdigkeit des betreffenden Zeugen nicht selber überzeugt ist. Es mag ja wol ein schätzenswertes Indicium für die Glaubwürdigkeit darin liegen, dass der Produkt von der ihm zustehenden Befugnis der Rekusation des Zeugen keinen Gebrauch macht, allein der Richter kann doch bei der Prüfung des einzelnen Falles zu der gegenteiligen Überzeugung kommen und dann wäre die kritiklose Annahme der Glaubwürdigkeit ein arger Faustschlag auf die eigentliche Bedeutung des Richteramtes. Die Parteidisposition kann sich, wie oben schon ausgeführt wurde, nur auf die Beschaffung des tatsächlichen Materials, nicht aber auch auf die Beurteilung des letztern beziehen.

Noch viel formalistischer und deshalb verwerflicher ist die Aufstellung der Kategorie der verdächtigen Zeugen, deren Aussagen nach ihrer Glaubwürdigkeit und nach ihrer Beweiskraft ein- für allemal mehr oder weniger genau tarifirt werden. Der Richter wird hier unter Umständen umgekehrt verpflichtet, eine Aussage für unwahr zu halten, von deren Glaubwürdigkeit er vollständig überzeugt sein kann; anstatt der natürlichen fordert das Gesetz eine künstliche, juristische Überzeugung. Ja, es stellt sogar verschiedene genau abgegrenzte Stufen der Überzeugung auf, indem es den Richter anweist, die Aussagen gewisser Zeugen als halben oder noch weniger als halben Beweis, der durch andere, ebenfalls nach ihrem prozessualen Werte von vornherein abgemessene Beweismittel oder durch Parteieid zu einem ganzen ergänzt werden kann, zu betrachten.

Sobald das Gesetz die Würdigung der Aussagen von verdächtigen Zeugen vollständig in das freie Ermessen des Richters setzt, wie das z. B. der *schwyzer* Entwurf tut, so hat es auch keinen Sinn mehr, eine besondere Kategorie von verdächtigen Zeugen aufzustellen.

Nicht genug an den erwähnten, auf die individuelle Glaubwürdigkeit der Zeugen sich beziehenden starren Beweisregeln, hat die gemeinrechtliche Jurisprudenz noch eine weitere Anzahl anderer Vorschriften aufgestellt, die als allgemeine gesetzliche Voraussetzungen der Beweiskraft der Willkür des Richters einen Damm setzen sollten. Dahin gehört vor allem die Beeidigung des Zeugen, an welcher immer noch mit grosser Zähigkeit festgehalten wird, obschon es nie an gewichtigen Stimmen gefehlt hat, welche für deren Abschaffung plädirt haben; dass sie in der Schweiz als obligatorium konstitutionell unzulässig ist, wird unten näher ausgeführt werden. Endlich gibt es auch noch einige Kantone, welche die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage bestimmten Regeln unterwerfen.

Schliesslich ist an dieser Stelle noch zu erwähnen die bekannte französische Beschränkung des Zeugenbeweises auf Fälle, in denen es sich um den Beweis von Verträgen, die einen gewissen Wertbetrag nicht übersteigen, handelt. Die Kantone der *französischen* Schweiz (nicht auch der Kanton *Tessin*) haben mit verschiedener Fixirung der Höhe des Wertbetrages alle den *französischen* Grundsatz adoptirt und damit den Zeugenbeweis seiner Bedeutung, die er in der *deutschen* Schweiz einnimmt, vollständig beraubt.

Einen Punkt, der für sich zu behandeln ist, bildet sodann noch die Zeugnispflicht, welcher als Korrelat die Ablehnungsbefugnis, nach welcher gewisse Personen stets von der Zeugnispflicht eximirt werden, gegenübersteht. Aus Gründen der Zweckmässigkeit pflegt dieser Punkt in den Beweisrechtsdarstellungen an die Spitze der Zeugenbeweislehre gestellt zu werden, und das soll auch hier geschehen.

So ergibt sich denn für die gegenwärtige Behandlung des Zeugenbeweises folgende Einteilung:

1. Die Zeugnispflicht.
2. Die begrifflichen Requisite des Zeugenbeweises. (Testes naturaliter inhabiles, testes de auditu.)

---

§ 24.

I. Die Zeugnispflicht.

Die Zeugnispflicht umfasst dreierlei:

1. Die Pflicht zum Erscheinen vor dem Gerichte,
2. Die Pflicht zur Aussage, und
3. Die Pflicht zur Eidesleistung (wo die letztere unerlässliches Requisit des Zeugnisses ist).

Die Erscheinungs- und die Eidespflicht erscheinen allerdings mehr nur als Accessorien zu der Aussagepflicht; theoretisch aber liegt die Notwendigkeit dieser Unterscheidung auf der Hand und praktisch tritt die letztere in ihren Konsequenzen sofort hervor, wenn es sich um die Zwangsmassregeln, welche die Gesetze zur Realisirung der verschiedenen Zeugenpflichten dem Gerichte an die Hand geben, und um die Dispensationsgründe, welche von der einen oder andern Pflicht befreien, handelt. Aus praktischen Gründen soll die Eidespflicht erst bei der Erörterung des Zeugeneides behandelt werden.

Nicht alle Kantone sind sich der dreifachen Bedeutung des Zeugniszwanges vollkommen bewusst; verschiedene Prozessordnungen behandeln einfach die Aussagepflicht, ohne die Erscheinungspflicht irgendwie für sich zu normiren, andere

dagegen stellen in richtiger Weise für beide besondere Vorschriften auf.

Gemeinsam ist allen Prozessordnungen in der Schweiz, dass sie die Pflicht, Zeugnis abzulegen, als ein munus publicum, eine allgemeine Bürgerpflicht, erklären, und damit haben sie einen wolbegründeten Satz adoptirt, der sich im kanonischen Rechte auskristallisirt und sodann im germanischen Prozesse eingebürgert hat.[179]) Er wird in allen Kantonen ausdrücklich aufgestellt, mit Ausnahme von *Bern, Luzern, Freiburg, Aargau, Tessin* und *Waadt,* wo jedoch Bestimmungen über die zwangsweise Realisirung der Zeugnisabgabe den Mangel der ausdrücklichen Aufstellung vollständig ergänzen. Die Zeugenpflicht ist übrigens nicht als ein prozessrechtlicher, sondern vielmehr als ein staatsrechtlicher Begriff zu betrachten. Sie könnte durch die Verfassung schon normirt werden, denn sie ist ein Ausfluss der Gerichtshoheit, welche der Staat in privat-, straf- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten ausübt. Ohne die Aufstellung der Zeugenpflicht könnte der Staat den Rechtsschutz nicht handhaben; ja, zur wirksamen Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes muss die Zeugnispflicht nicht blos als staatsbürgerliche d. h. alle Staatsangehörigen treffende Pflicht erklärt, sondern ganz allgemein auf alle innerhalb des Staates sich befindenden Personen ausgedehnt werden.[180]) So beschränken denn auch die *schweizerischen* Civilprozessordnungen die Zeugnispflicht nicht auf die Bürger des Kantons, sondern erklären ausdrücklich jedermann für zeugenpflichtig.

Die erste Seite des Zeugniszwanges, die **Erscheinungspflicht,** zeigt in der Gesetzgebung insofern eine verschiedene

---

179) Vgl. *Endemann*, Beweislehre, p. 195.

180) Vgl. *Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Freiburg 1882, III. Bd., 2. Abt., p. 155 ff., insbes. p. 165/66, wo ausgeführt wird: „Die Zeugenpflicht ist keine Untertanenpflicht wie die Wehrpflicht oder

Behandlung, als das aus dem Grundbegriffe des Zeugniszwanges sich ergebende Prinzip, nach welchem jeder innerhalb des Kantons Wohnhafte zum persönlichen Erscheinen vor dem Prozessgerichte verpflichtet ist, nicht überall stricte durchgeführt, sondern mancherorts gemildert wird zu der Vorschrift, dass nur Diejenigen, welche der jeweiligen Jurisdiktion des Prozessgerichtes unmittelbar unterworfen sind, erscheinungspflichtig seien. Eine derartige Milderung ist da als eine Erleichterung für das Publikum zu billigen, wo das Hauptverfahren ein schriftliches, mittelbares ist; dagegen ist sie zu verwerfen, wo Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens die Grundlage des Civilprozesses bilden, denn bei diesem System ist die persönliche Einvernahme des Zeugen vor dem Prozessgerichte unentbehrlich und daher in grösstmöglichem Masse anzuwenden.

Das gemilderte Prinzip wird nur in fünf Kantonen[181]) aufgestellt: *Uri* (§ 59 c.), *Schwyz* (§ 218), *Solothurn* (§ 243), *Aargau* (§ 183) und *Tessin* (Art. 237). Hiebei sprechen nur die drei zuletzt genannten Kantone das Prinzip allgemein aus. So sagt z. B. *Aargau*:

> Steht der Zeuge unter der Gerichtsbarkeit eines auswärtigen Richters, so soll dieser von dem Richter, bei welchem der Streit anhängig ist, um die Abhörung und Einsendung des Protokolls, samt dem Verzeichnis der Kosten, die zu vergüten sind, angesucht werden.

---

wie die Gerichtspflicht der Schöffen und Geschworenen, sondern sie ist lediglich der Reflex eines Zwanges, den die Staatsgewalt zum Zweck der Handhabung des Rechtsschutzes ausübt, sie ist ein Anwendungsfall des Gehorsams gegen die Gerichtsgewalt. Nicht die persönliche Staats- oder Reichsangehörigkeit ist eine Voraussetzung der Zeugenpflicht, sondern dieselbe trifft jeden, der tatsächlich, d. h. räumlich der Staatsgewalt unterworfen ist.“ Eine beachtenswerte Konsequenz dieses Satzes geht dahin, dass Personen, welche sich im Auslande befinden, nicht zeugenpflichtig sind, ohne Unterschied, ob sie Bürger des Inlandes sind oder einem fremden Staate angehören.

[181]) Ebenso in der *österreichischen* A. G. O. § 155 und in der ältern *badischen* C. P. O. (1831) in § 466.

Die übrigen zwei Kantone dagegen erklären einfach, dass die Zeugen, welche ausserhalb des Gerichtsbezirkes wohnen, nicht erscheinungspflichtig, sondern rogatorisch abzuhören seien. *Schwyz* und *Solothurn* weisen überdies noch Modifikationen auf, die unten erwähnt werden sollen. Es braucht kaum betont zu werden, dass dieses gemilderte Prinzip sich nur auf die Erscheinungspflicht bezieht, während die Aussagepflicht für alle Kantonseinwohner gleichmässig, d. h. ohne Rücksicht auf die Angehörigkeit verschiedener Gerichtsbezirke, aufgestellt ist. Der Mangel des Erscheinens wird durch die rogatorische Einvernahme formell gehoben. Der Wirkung nach bleibt selbstredend das vom ersuchten Richter eingesandte Zeugenprotokoll stets hinter der unmittelbaren mündlichen Deposition zurück.

Auf dem Standpunkt des unangetasteten Prinzipes der Erscheinungspflicht sämtlicher Kantonseinwohner stehen die Kantone *Bern* (§ 227), *Luzern* (§ 153), *Obwalden* (Art. 77), *Appenzell A.-Rh.* (§ 85), *Thurgau* (§ 201), *Wallis* (Art. 253), *Neuenburg* (Art. 229) und *Genf* (Art. 211). Die Kantone *Baselstadt* (§ 129) und *Baselland* (§ 143), welche von auswärts wohnenden oder auswärtigen Zeugen sprechen, gehören ohne Zweifel ebenfalls zu dieser Gruppe, indem sie als Auswärtigen jeden bezeichnen wollen, der nicht im Kanton wohnt. Auch *Zürich* ist wol hieher zu rechnen, wo in § 372 der C. P. O. bestimmt wird:

> Zeugen, welche in einem anderen Gerichtskreise wohnen, sollen in der Regel, ausser dem Kanton wohnende Zeugen wenigstens dann vor dem erkennenden Richter abgehört werden, wenn ihre Aussagen von ganz besonderem Gewichte für den Prozess sind.

Eigentümlich ist hier die Vorschrift, dass auch ausser dem Kanton wohnende Zeugen vor dem erkennenden Richter abgehört werden sollen. Gewiss hindert nichts die Gerichte, einen auswärtigen Zeugen vorzuladen, aber eine Pflicht, dieser Vorladung Folge zu leisten, lässt sich a priori nicht begründen;

eine solche müsste entweder durch die Bundesverfassung oder durch besondere interkantonale Konkordate oder internationale Staatsverträge festgesetzt werden, wie es der *aargauer* Entwurf in §§ 243 und 245 sehr richtig normirt hat (§ 243: Um Abhörung von Zeugen, welche im Auslande wohnen, wird das zuständige fremde Gericht ersucht, sofern für dieselben nicht nach Staatsverträgen die Pflicht besteht, vor dem Prozessrichter zu erscheinen . . . § 245: Wohnt der Zeuge in einem andern Schweizerkanton, so ist er ebenfalls vor den Prozessrichter zur Einvernahme vorzuladen. Ist der Zeuge nach den Gesetzen seines Wohnortes [solche lassen sich gegenwärtig kaum anders als durch Konkordat begründet denken] nicht hiezu verpflichtet, . . . so wird der Zeuge von dem Richter seines Wohnortes einvernommen . . .).[182] Auf die Bereitwilligkeit oder Gutmütigkeit der Leute spekuliren die Kantone *Solothurn* (§ 243), *Baselstadt* (§ 129), der *schaffhauser* Entwurf (§ 293) und *Neuenburg* (Art. 229), welche prinzipiell alle Zeugen vorladen, und erst dann, wenn diese nicht f r e i - w i l l i g erscheinen, die rogatorische Einvernahme anordnen. Ähnlich wie Zürich wollen auch *Uri* (§ 54), *Schwyz* (§ 218, Entwurf § 186), *Freiburg* (Art. 371) und *Baselland* (§ 143) Zeugen, deren Erscheinen rechtlich nicht erzwungen werden kann, vor dem erkennenden Gerichte einvernehmen, wenn besondere Umstände dies nötig machen. Weigert sich in solchem Falle der auswärtige Zeuge zu erscheinen, so bleibt dem Gerichte, das ihn durchaus selber einvernehmen will, nichts anderes übrig, als selbst zu dem Zeugen zu reisen. Gar zu verschwommen drückt sich die *schaffhauser* C. P. O. in § 246 aus, wo um Abhörung von Zeugen, welche wegen zu grosser Entfernung nicht von dem diesseitigen Gericht einvernommen werden können, das „fremde Gericht“ ersucht wird. Offenbar

---

[182]) Ähnlich der *schaffhauser* Entwurf in § 293, Abs. 2: Auch ausserhalb des Kantons wohnhafte Zeugen haben zur hierseitigen Einvernahme zu erscheinen, wenn sie hiezu bereit sind oder nach den diesbezüglichen gesetzlichen, bezw. vertraglichen Bestimmungen veranlasst werden können . . .

kommt es auch hier nicht auf die blosse Entfernung an, sondern auf die Grenzen der kantonalen Gerichtsbarkeit.

Vollständig stillschweigend verhalten sich mit Bezug auf die vorliegende Frage die Kantone *Nidwalden, Glarus* und *Freiburg*.

Aber auch innerhalb der Kategorie derjenigen Personen, welche der kantonalen Gerichtshoheit unterworfen sind, lässt sich die Erscheinungspflicht nicht ohne Ausnahme durchführen; vielmehr hat man auch da mit den reellen Verhältnissen und Bedürfnissen des Lebens zu rechnen. So sind von jeher von der Erscheinungspflicht dispensirt worden die Kranken, Gebrechlichen, Greise, kurz alle diejenigen, welchen der physische Zustand nicht erlaubt, sich an den Gerichtsort zu begeben;[183] solche Leute werden in ihrer Wohnung (durch das ganze Gericht oder gewöhnlich durch eine Kommission) einvernommen. Modifikationen finden sich nur in den Kantonen *Zürich* (§ 375), *Schaffhausen* (§ 238, Entwurf § 295), *Tessin* (Art. 240) und *Waadt* (Art. 254), wo in durchaus empfehlenswerter Weise vorgeschrieben wird, dass der verhinderte Zeuge unter Beilegung eines ärztlichen Zeugnisses von seiner Verhinderung dem Richter vor dem Einvernahmetermin Anzeige mache. Meist werden neben der Krankheit, als das Nichterscheinen entschuldigend, überhaupt „erhebliche Gründe“ genannt.

Noch schonender für die Privatinteressen der Zeugen erweisen sich diejenigen Kantone, welche schon eine bestimmte Entfernung des Wohnortes des Zeugen von dem Gerichtsorte als Exkusationsgrund für das Nichterscheinen gelten lassen. So lässt *Bern* (§ 226) jeden, der mehr als 24 km. von dem Amtssitze des Prozessgerichtes entfernt wohnt, durch den Richter seines Wohnortes einvernehmen, ebenso *Freiburg* (Art. 371), wenn die Entfernung fünf Stunden beträgt, und *Solothurn*

---

[183]) Vgl. schon im römischen Recht l. 3 § 6, l. 8, l. 19 pr. de test. 22, 5 und im kanonischen Rechte c. 8 X de test. 2, 20.

(§ 246) stellt bei der Fixirung der Erscheinungspflicht darauf ab, ob ein ausserhalb des Oberamtskreises wohnender Zeuge mindestens drei Stunden von dem Orte des Verhöres entfernt wohne. Ohne eine bestimmte Grenze zu ziehen, dispensirt *St. Gallen* (Art. 160) jeden Zeugen von dem persönlichen Erscheinen, welcher wegen „allzuweiter Entfernung" nicht persönlich erscheinen kann.[184])

An die mittelalterlichen Privilegien der Kirche und ihrer Diener erinnert die wenig republikanische Bestimmung der Kantone *Schwyz* (§ 219) und *Obwalden* (Art. 81), wonach die Geistlichen als solche von der Erscheinungspflicht eo ipso eximirt sind,[185]) während es dagegen nur zweckmässig und gerecht ist, dass ein Bürger, der vom Staate bereits zu einem bestimmten Zwecke verwendet worden ist und ohne Schaden für die Erfüllung seiner Aufgabe nicht anderweitig in Anspruch genommen werden kann, bezüglich der Erscheinungspflicht passend behandelt, d. h. am Orte seiner Haupttätigkeit einvernommen wird.[186]) Hieraus haben die Kantone *Waadt* (Art. 254) und *Wallis* (Art. 254) die Regel hergeleitet, dass Mitglieder des Grossen Rates während der Zusammenkunft des letztern nur an dem Orte ihres dannzumaligen Aufenthaltes einvernommen werden sollen. *Waadt* fügt dabei noch hinzu die im aktiven Militärdienst Befindlichen, diejenigen, welche in öffentlichem Dienste ensuite de commission dounée par une autorité supérieure stehen, und Diejenigen, welche am nämlichen Tage vor einem andern Gerichte persönlich erscheinen müssen.

---

[184]) Ebenso dispensirt auch nach der D. R. C. P. O. (§ 340 Ziff. 4) schon „grosse Entfernung".

[185]) Nach der Nov. 123 c. 7 waren es im spätrömischen Reiche wenigstens nur die Bischöfe. Ähnlich sind in der D. R. C. P. O. (§ 340 i. f.) die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie der Hohenzollern von der Erscheinungspflicht ausgenommen.

[186]) Dieser Gesichtspunkt ist schon im römischen Rechte aufgestellt worden; vgl. l. 3 § 6 D. de test. 22, 5, wo die Soldaten, und l. 8 D. cod.,

Auf dem öffentlichen Vertrauen, das der Beamte geniesst, beruht die Bestimmung der Kantone *Zürich* (§ 369), *Nidwalden* (XIV, VI, 5 § 26), *Appenzell A.-Rh.* (§ 86) und *Thurgau* (§ 203), wonach der Beamte statt mündlichen, schriftliches Zeugnis über Wahrnehmungen, die er in seinem Amte gemacht hat (wie *Nidwalden* sagt), oder über Tatsachen, die sich auf seine Protokolle oder Akten stützen (wie *Appenzell* und *Thurgau* sich ausdrücken) abgeben kann. Dass diese Bestimmung nur von so wenigen Kantonen aufgestellt wird, beweist, dass man es allgemein nicht für ein besonderes Bedürfnis betrachtet, den Beamten wegen seiner Amtsqualität von der Erscheinungspflicht zu befreien. In *Zürich* (§ 369) ist schriftliche Zeugnisablegung sogar dann gestattet, wenn das mündliche Zeugnis sich auf eine „anerkannt regelmässige Buchführung stützen müsste, oder wenn Tatsachen in Frage stehen, welche nach herrschender Sitte vorzukommen pflegen, wie z. B. die Beschenkung von Patenkindern, periodische Schenkungen unter Verwandten, Beschenkungen an Hochzeiten u. s. w.", immerhin unter der Voraussetzung, dass aus der vorgelegten schriftlichen Erklärung hervorgeht, dass diese mit dem Bewusstsein, es handle sich um eine vor Gericht zu erhärtende Tatsache, ausgestellt worden ist.

Die Realisirung der Erscheinungspflicht, die sich von derjenigen der Aussagepflicht wesentlich unterscheidet, indem zur Erzwingung des persönlichen Erscheinens ausreichende Mittel zu Gebote stehen, während die Aussage als eine rein innerliche, psychische Tatsache nicht unbedingt erzwungen, sondern durch Strafen, die zum Teil als vis compulsiva wirken sollen, höchstens stimulirt werden kann. Das nächstliegende Zwangsmittel — abgesehen von vorgängiger wiederholter Vor-

---

wo Diejenigen, die cum magistratu rei publicae causa absunt, von der Zeugnispflicht überhaupt entbunden sind. — Ganz ähnlich wie die oben genannten Kantone verfügt auch § 347 der D. R. C. P. O.

ladung — ist die polizeiliche Vorführung des Zeugen (vis absoluta);[187]) merkwürdigerweise wird aber dasselbe nur von den Kantonen *Bern* (§ 224), *Luzern* (§ 138 Abs. 3, hier Realcitation genannt), *Obwalden* (Art. 78), *Zug* (§ 82), *Freiburg* (Art. 342), *Baselland* (§ 160), *St. Gallen* (Art. 158), *Graubünden* (Art. 184), *Aargau* (§ 185, Entwurf § 247), *Thurgau* (§ 195), *Wallis* (Art. 228) und *Genf* (Art. 184), also kaum in der Hälfte der Kantone, gesetzlich aufgestellt. Die übrigen Kantone lassen es bei einer Busse und der Auflegung der durch das Nichterscheinen der Zeugen verschuldeten Kosten bewendet sein. Fortgesetzter Ungehorsam wird in den Kantonen *Zürich* (§ 376), *Solothurn* (§§ 259 f.), *Baselstadt* (§ 128), *Schaffhausen* (§ 239, Entwurf § 296) und *Appenzell A.-Rh.* (§ 77) der Verweigerung der Zeugnisaussage gleich geachtet und demgemäs behandelt. Ebenso scheinen die Kantone *Uri* (§ 52), *Schwyz* (§ 209, Entwurf § 181), *Waadt* (Art. 236) und *Neuenburg* (Art. 241), welche für die Erzwingung der Erscheinungspflicht gar keine Normen aufstellen, sondern lediglich für diejenige der Aussagepflicht Vorschriften enthalten, das Nichterscheinen mit der Verweigerung der Zeugnisaussage zu identifiziren. *Appenzell I.-Rh.* hat (einzig) weder für die Realisirung der Erscheinungs- noch für diejenige der Aussagepflicht irgend welche Bestimmungen in seiner Verordnung über das Beweisverfahren aufgestellt.

Die zweite und wichtigste Seite der Zeugnispflicht ist die **Pflicht zur mündlichen Ablegung des Zeugnisses.** Oben ist angeführt worden, dass verschiedene Kantone die Erscheinungspflicht als solche vor der Aussagepflicht ganz verschwinden lassen, offenbar weil dieselben der letztern eine die Erscheinungspflicht vollständig absorbirende Bedeutung beilegen. Doch hat

[187]) Dasselbe stellten schon die Prozessordnungen von *Baden* (1831) in § 500 und von *Hannover* in § 258 auf. Es wird auch im Code de proc. civ. fr., Art. 264, und in der D. R. C. P. O., § 345, Abs. 2, vorgesehen.

man von jeher[188]) auch hier Ausnahmen zugelassen, die teils privatrechtlichen, teils öffentlichrechtlichen, teils gemischten Charakters sind. Familienrechtliche und öffentlichrechtliche Gesichtspunkte sind es, von welchen aus den Verwandten, Verschwägerten und Ehegatten das Recht der Zeugnisweigerung eingeräumt wird; öffentlichrechtlicher Natur ist die Ausnahme, welche zu Gunsten der Beamten mit Bezug auf Tatsachen, welche dienstlich geheim zu halten sind, gemacht wird, und nicht weniger die Weigerungsberechtigung derjenigen Personen, welche beruflich zur Geheimhaltung von solchen Tatsachen, die ihnen in ihrer beruflichen Stellung anvertraut worden sind, verpflichtet sind, wie Ärzte, Hebammen, Advokaten und Beichtväter. Gemischten Charakter trägt die dem römischen und kanonischen Rechte noch unbekannte Ausnahme von der Aussagepflicht zu Gunsten Derjenigen, die zu ihrem (persönlichen oder vermögensrechtlichen) Nachteile aussagen müssten. *Wetzell*[189]) hält diese Ausnahme für einen Ausfluss des ius aequum; gewiss spielt dabei auch die Rücksicht darauf, dass Zeugnisse de propria turpitudine von sehr problematischem Werte sind, eine Rolle.[190]) Auch *Laband*[190a]) macht wesentlich nur praktische Gesichtspunkte geltend, indem er ausführt: „Es ist diese Beschränkung der Zeugenpflicht schon durch die praktische Erwägung geboten, dass sonst ein Prozess zu dem Zwecke angestellt werden könnte, um von jemandem eine Zeugenaussage zu seinem eigenen Nachteil zu erzwingen; sie ist aber auch abgesehen hiervon berechtigt, da der Staat seinen Untertanen und Schutzgenossen keine Pflicht auferlegen soll, welche

---

[188]) Schon im römischen Rechte, vgl. *Wetzell*, System, § 23, Note 47 ff.: l. 1 § 1, l. 4, 5 D. de test. 22, 5; l. 10 pr. D. de grad. et aff. 38, 10; Nov. 90 c. 8.

[189]) *Wetzell*, System, § 23 zu Note 51; er spricht übrigens nur von Zeugen über propria turpitudo.

[190]) Wie denn auch einige Kantone solche Zeugen geradezu für unzulässig erklären (*Solothurn*, *Baselland*, *St. Gallen* und *Wallis*).

[190a]) *Laband*, a. a. O. p. 174.

dieselben nötigen könnte, sich selbst oder ihre Angehörigen zu verraten, zu beschädigen oder zu entehren."

Was nun die Verwandtschaft und Schwägerschaft, sowie das Verhältnis der Ehegatten unter einander betrifft, so treffen wir eine grosse Manigfaltigkeit im Détail an, während im Prinzipe nur wenige Unterschiede sich geltend machen.

Die gemeinrechtliche Ausnahme der Verwandten, Verschwägerten und Ehegatten von der Aussagepflicht enthalten gar nicht die Kantone *Bern, Uri, Schwyz, Glarus, Freiburg, Solothurn, Baselstadt, Baselland, Appenzell I.-Rh., Tessin, Waadt, Wallis* und *Genf*. Das kommt auf den ersten Blick sonderbar vor, wenn man bedenkt, dass die Ablehnungsbefugnis der Verwandten sonst allezeit festgehalten worden ist; allein diese Erscheinung erklärt sich sogleich durch die Tatsache, dass die Verwandten in den genannten Kantonen zu der Kategorie der unzulässigen Zeugen gehören. Wenn der Verwandte zum Zeugnis überhaupt nicht zugelassen wird, so kann natürlich die Ablehnungsbefugnis desselben gar nicht mehr in Frage kommen. Eine Ausnahme machen hiebei nur die Kantone *Schwyz* und *Waadt*, indem im erstern Kanton (§ 207) die Verwandten nur auf Antrag des Beweisgegners vom Zeugnis ausgeschlossen werden können (sie sind sogenannte verwerfliche Zeugen), und im letztern (Art. 241) die Verwandtschaft den Zeugen lediglich zur Verweigerung der Eidesleistung berechtigt. In diesen beiden Kantonen können demnach auch Verwandte zur Zeugnisabgabe gezwungen werden, und das ist eine als Fehler zu bezeichnende Anomalie.

Alle übrigen Kantone folgen der gemeinrechtlichen Theorie; Divergenzen zeigen sich jedoch einmal hauptsächlich darin, dass verschiedene Kantone (*Schwyz* Entwurf § 176, *Obwalden* Art. 77, *Nidwalden* XIV, Abs. VI, 5 § 16, *Zug* § 83, *St. Gallen* Art. 157 und *Graubünden* Art. 178) den Zeugen nur dann ablehnungsberechtigt erklären, wenn er mit dem Beweisgegner verwandt ist, und dass andere (*Schaffhausen* § 239, *Appenzell A.-Rh.* § 77 und *Thurgau* § 194) um-

gekehrt blos die Verwandtschaft mit dem Beweisführer als Weigerungsgrund aufstellen, während richtigerweise (wie es mit dem gemeinen Prozesse zwar nur *Zürich* § 368, *Luzern* § 149, der *schaffhauser* Entwurf § 261 und der *aargauer* Entwurf § 235 reguliren) die Verwandtschaft mit irgend einer der beiden Parteien massgebend sein sollte, da der vom Beweisführer produzirte Zeuge sowol für als auch gegen den letztern aussagen kann. Weitere Unterschiede manifestiren sich sodann in der gesetzlich fixirten Nähe der Verwandtschaft, innerhalb welcher die Weigerungsbefugnis sich bewegen kann. Das gemeinrechtliche System, nach welchem die Verwandtschaft bis auf den siebenten Grad (römischer Zählung) zur Ablehnung berechtigt, ist in der Schweiz nirgends adoptirt worden. Meist wird die Verwandtschaft auf grössere Nähe beschränkt; nur *Appenzell A.-Rh.* geht noch darüber hinaus, indem es als Grenze den fünften Grad kanonischer Zählung [191]) aufstellt. Den zweiten Grad der Seitenlinie nennen als Grenze die Kantone *Obwalden*, *Zug*, *Schaffhausen* und der *aargauer* Entwurf; *Zürich*, *Nidwalden*, der *schaffhauser* Entwurf und *Thurgau* beschränken die Ablehnungsbefugnis in der Seitenlinie auf die Geschwister, und gar nur auf die direkte Linie ist sie eingeschränkt in *Luzern*, *Schwyz* Entwurf, *Graubünden*, *Aargau* und *St. Gallen* (hier sogar auf Grosseltern und Enkel).

Die Schwägerschaft wird bald in der gleichen Nähe wie die Verwandtschaft als Weigerungsgrund aufgestellt, bald aber wird sie erheblich eingeschränkt (wie z. B. in *Zürich*) und neben den Ehegatten, die überall erwähnt werden, treten in *Appenzell A.-Rh.*, in *Aargau* und im *aargauer* Entwurf auch die Verlobten als weigerungsberechtigt auf, eine Bestimmung, welche die ratio legis entschieden für sich hat. (Die D. R. C. P. O. hat in § 348 Ziff. 1 die Verlobten nach dem Vorbilde

---

[191]) Dass diese Zählung zu verstehen sei, wird zwar nicht ausdrücklich gesagt, allein im Zweifel muss stets diese angenommen werden, da die römische Zählungsweise in der Schweiz nicht recipirt worden ist.

der *hannöv.* C. P. O. [§ 251 Ziff. 1] ebenfalls zu den Ablehnungsberechtigten gestellt.)

Eine zweite Kategorie weigerungsberechtigter Personen bilden die Beamten mit Bezug auf diejenigen Tatsachen, über welche sie zum Stillschweigen gesetzlich verpflichtet sind, sowie die Ärzte, Anwälte und Beichtväter, deren Vertrauensstellung arg gefährdet würde, wenn sie nicht von der Aussagepflicht über die ihnen anvertrauten Tatsachen dispensirt würden; das öffentliche Interesse ist im höchsten Grade daran interessirt, dass auch diese ausseramtlichen, privaten Geheimnisse geschont werden. Im kanonischen Rechte bestand für die Beichtväter sogar eine gesetzliche Pflicht zur Geheimhaltung der ihnen anvertrauten Geheimnisse und deshalb durften sie über solche gar nicht deponiren,[192]) gerade wie die Beamten[193]) und die Advokaten derjenigen Länder, in denen auch die letztern gesetzlich zur Geheimhaltung verpflichtet waren. Sonderbarer Weise enthalten nun die fünf Kantone *Schwyz, Freiburg, Appenzell I.-Rh., Waadt* und *Genf* gar keine Vorschriften darüber, wie diese Leute zu behandeln seien, und es muss angenommen werden, dass hier sowol Beamte, als auch Ärzte, Anwälte und Beichtväter zum Zeugnis unbedingt verpflichtet seien, eine Erscheinung, die gewiss nicht vom Guten ist. Dagegen stellen diese Kategorie der Ablehnungsberechtigten folgende Kantone auf: *Zürich* (§ 368), *Bern* (§ 240), *Uri* (§ 52), *Obwalden* (Art. 77), *Zug* (§ 83), der *Aargauer* Entwurf (§ 236), *Neuenburg* (Art. 223), *Glarus* (§ 176), *Schaffhausen* (§ 239, Entwurf § 261), *Appenzell A.-Rh.* (§ 77), *St. Gallen* (Art. 157), *Graubünden* (Art. 178) und

---

[192]) Vgl. *Bayer*, Vorträge, § 244 ad II, p. 795.

[193]) Diese sind nun auch reichsgesetzlich von der Zeugnisabgabe ausgeschlossen (D. R. C. P. O. § 341); doch können sie unter Umständen von den vorgesetzten Behörden Erlaubnis zur Zeugnisablegung erhalten, und nach erfolgter Einwilligung steht ihnen dann nach § 348 Ziff. 5 ebenfalls das Verweigerungsrecht zu.

Thurgau (§ 194). Von diesen enthalten jedoch nur die ersten sieben die Kategorie der Beamten, während in den übrigen nur die Ärzte, mitunter auch die Hebammen,[194] Anwälte und Beichtväter (meist überhaupt die Geistlichen) als Weigerungsberechtigte aufgeführt werden. In *Obwalden*, *Zug* und *Appenzell A.-Rh.* ist das Zeugnis solcher Personen verdächtig und in *St. Gallen* werden Beichtväter zum Zeugnis überhaupt nicht zugelassen. (Siehe unten § 26.) Nirgends findet sich die Kategorie der Vormünder, die nach *Bayer*[195] im gemeinen Prozesse ablehnungsberechtigt waren, gesetzlich aufgestellt. Über das gemeine Recht hinaus geht in Nachahmung des neuen *deutschen* Reichsrechtes der *aargauische* Entwurf, welcher in § 236 litt. b und c auch blosse Gewerbsgeheimnisse schützen will. Gemeinsam ist allen genannten Kantonen, dass die Verpflichtung zur Geheimhaltung nicht auf gesetzlicher Vorschrift zu beruhen braucht, wie sie auch nach D. R. C. P. O. § 348 Ziff. 5 nicht nur durch Gesetz, sondern schon durch die Natur der geheim zu haltenden Tatsachen „geboten" sein kann.

Ähnlich wie bei den Verwandten suchen hier die Kantone *Luzern, Nidwalden, Solothurn, Baselland, Aargau, Tessin* und *Wallis* die durch die Aufforderung zur Zeugnisablegung hervorgerufene Pflichtenkollision auf die Weise zu lösen, dass sie die besprochenen Personen zum Zeugnis gar nicht zulassen. (In *Tessin* gilt dies nicht bezüglich der Beichtväter.)

Der dritte Ablehnungsgrund endlich bezieht sich nicht wie die beiden vorigen auf eine bestimmte Personenklasse, sondern auf gewisse besonders geartete Tatsachen, auf solche nämlich, deren Offenbarung durch den Zeugen nicht nur eine Selbstanklage des letztern oder eine Selbstschädigung involviren, sondern auch eine starke Versuchung zur Ablegung falschen

---

[194]) So z. B. in *St. Gallen* (Art. 157 c).

[195]) *Bayer*, Vorträge, § 244 ad 1, p. 795.

Zeugnisses darbieten würde und überdies für den Richter von zweifelhaftem Werte wäre.

Die gemeinrechtliche Praxis und mit ihr die Lehrbücher über gemeinen Civilprozess haben stets nur den Zeugen, der über propria turpitudo aussagen müsste, von der Aussagepflicht eximirt, [196]) während schon sehr früh einzelne Partikularrechte (so schon die *badische* C. P. O. von 1831 (§ 511 Ziff. 1), und später die *hannöver'sche* C. P. O. (§ 251 Ziff. 3) jeden Nachteil, der dem Zeugen aus der Deposition erwachsen würde, zum Exkusationsgrund erhoben haben.

Auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte stehen nur die Kantone *Luzern* (§ 149), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 16) und *Aargau* (§ 174 litt. c); der *aargauer* Entwurf berücksichtigt ausser der eigenen Schande des Zeugen noch diejenige der Ehegatten oder Verlobten in Sachen des andern Teiles. Nur die Schande für einen Verwandten exkusirt in *St. Gallen* den Zeugen (der Zeuge über propria turpitudo ist hier unzulässig).

Neben der propria turpitudo stellen die Kantone *Zürich* (§ 368, Ziff. 3), *Bern* (§ 240), *Schwyz* (§ 205, Entwurf 176), *Obwalden* (Art. 77 Ziff. 2), *Zug* (§ 83), *Graubünden* (Art. 178 Ziff. 2) und *Thurgau* (§ 194 litt. c) auch den blossen Nachteil als Ablehnungsgrund auf, jedoch nicht jeden Nachteil, sondern nur den unmittelbaren. (*Graubünden* berücksichtigt dabei auch die Schande für den Ehegatten, für Ascendenten und Descendenten.) Ohne das Requisit der Unmittelbarkeit des Schadens aufzustellen, regeln diese Frage im übrigen gleich die Kantone *Glarus* (§ 176 litt. a), *Baselstadt* (§ 116 Ziff. 1), *Schaffhausen* (§ 239 Ziff. 3, Entwurf § 261,

---

[196]) *Renaud*, Lehrbuch, § 112 zu Note 20, welcher die Exemtion auch auf die Aussage über eine einen Rechtsanspruch gegen den Zeugen begründende Tatsache bezieht, stützt sich hiebei lediglich auf die Partikularprozessordnungen, welche die vorliegende Frage in der von ihm angegebenen Weise reguliren. Vgl. dagegen *Wetzell*, System, § 23, Note 51, und *Bayer*, Vorträge, § 244 ad I.

Ziff. 4: wenn die Ehre oder „die Rechte" des Zeugen gefährdet sind), *Appenzell A.-Rh.* (§ 77) und *Neuenburg* (Art. 233 litt. d). Im letztgenannten Kanton wird sowol die Ehre als auch das Interesse nicht blos dem Zeugen, sondern auch dessen Verwandten und Verschwägerten (bis zum vierten Grad incl.) und Ehegatten gegenüber geschützt.

In *Solothurn* gilt nur der zu erwartende unmittelbare eigene Nachteil als Exkusationsgrund, während die Aussage über propria turpitudo gar nicht zugelassen wird. Das Letztere ist auch in den Kantonen *Baselland, St. Gallen* und *Wallis* der Fall.

Ohne jede Regelung bleiben die Kantone *Uri*, *Freiburg*, *Appenzell I.-Rh.*, *Tessin, Waadt* und *Genf.* Hier gilt also weder die turpitudo noch der vermögensrechtliche Nachteil als Exkusationsgrund für den Zeugen.

Die Erzwingung der Aussagepflicht kann nicht direkt herbeigeführt werden, wie diejenige der Erscheinungspflicht, sondern blos durch vis compulsiva stimulirt und durch Verurteilung zu einer Strafe und Verpflichtung zu Schadenersatz geahndet werden.

Das erstgenannte Mittel wird in den Kantonen *Luzern* (§ 150), *Uri* (§ 52), *Schwyz* (§ 209, Entwurf § 181), *Obwalden* (Art. 78), *Zug* (§ 83), *Freiburg* (Art. 357), *Solothurn* (§ 260), *Baselland* (§ 160), *St. Gallen* (Art. 158), *Aargau* (§ 186, Entwurf § 248), *Tessin* (Art. 246), *Neuenburg* (Art. 241) und *Genf* (Art. 184 litt. b) aufgestellt, indem der widerspänstige Zeuge hier in Verhaft, zum Teil sogar ins Gefängnis gesteckt wird, so lange er sich weigert, das Zeugnis abzulegen. Limitirt ist dabei die Dauer der Freiheitsentziehung im Kanton *Genf* bis auf die Zeit der nächsten Gerichtsverhandlung, in *Freiburg* bis zur zweitmaligen Verschiebung des Termines, in *Baselland* und *Neuenburg* auf einen Monat und in *St. Gallen* (in ganz exorbitanter Weise) auf zwei Jahre Arrest. Überdies tritt die Verhaftung in *Uri, Schwyz*

und *Obwalden* nur auf Antrag des Beweisführers ein. Neben der Freiheitsentziehung wird sodann in *Freiburg, Solothurn, Baselland, Aargau* und *Neuenburg* auch eine Busse zum Teil elektiv, zum Teil kumulativ aufgestellt.

Die Funktion als Strafe für die Weigerung des Zeugnisses kann nun selbstverständlich auch durch die bereits angeführten, in erster Linie zur Erzwingung der Aussage angewendeten Mittel der Haft und der Busse vertreten werden, und dies wird stets dann der Fall sein, wenn die Anwendung dieser Mittel erfolglos geblieben ist. Auf die Ahndung durch Busse beschränken sich blos *Glarus* (§ 191) und *Waadt* (Art. 236), zwei Kantone, die zwar nur von der Erscheinungspflicht sprechen, aber mit der Androhung der Weigerungsstrafen zweifelsohne die widerspänstigen Zeugen überhaupt treffen wollen. Interessant sind die Bestimmungen von *Solothurn* und *Baselstadt* (§ 128), nach denen der weigernde Zeuge nicht vom Civilrichter selbst bestraft, sondern zu strafrechtlicher Behandlung dem Kriminalrichter übergeben wird; die Zeugnisweigerung wird hier demnach als strafgesetzliches Delikt betrachtet.[197]) In *Baselstadt* ist übrigens die Ahndung der Zeugnisweigerung ganz in das Ermessen des Richters gestellt, indem in § 128, Abs. 5 bestimmt wird:

> Die Weigerung eines erschienenen Zeugen, auf die an ihn gestellten Fragen gehörig zu antworten, oder seine Aussagen auf gesetzliche Art zu bekräftigen, kann vom Gericht dem Nichterscheinen gleichgestellt werden.

Die Mehrzahl der Kantone endlich, *Zürich* (§ 376), *Schwyz* Entwurf (§ 181), *Obwalden* (Art. 78), *Zug* (§ 83), *Freiburg* (Art. 356), *Solothurn* (§§ 259 f.), *Baselstadt* (§ 128 Abs. 3 und 4), *Baselland* (§ 239), *Graubünden* (Art. 184), *Aargau* (§ 186, Entwurf § 248), *Thurgau* (§ 196), *Tessin* (Art. 246),

---

[197]) Nach § 40, Abs. 3 der *baselstädtischen* Strafprozessordnung (vom 5. Mai 1862) wird die Zeugnisweigerung im Strafprozesse als „Widersetzlichkeit gegen eine richterliche Verfügung“ behandelt und dies wird wol auch im Civilprozesse so gehalten werden.

Waadt (Art. 236) und *Genf* (Art. 183), verpflichten den widerspänstigen Zeugen in ganz rationeller Weise nicht nur zur Tragung der durch seine Weigerung entstandenen Mehrkosten, sondern auch zu einer Entschädigung an den Beweisführer, als Ersatz für den Schaden, der diesem durch die Weigerung entstanden ist. Hiebei wird in den Kantonen *Zürich, Baselland, Schaffhausen, Aargau, Thurgau* und *Wallis* von der Vermutung ausgegangen, dass das Zeugnis günstig für den Beweisführer gelautet hätte. Immer hat es die Meinung, dass diese Schadenersatzforderung nicht adhäsionsweise, sondern in einem neuen Civilprozesse geltend zu machen ist.

* * *

Aus den obigen Ausführungen über die Gestaltung der Zeugnispflicht ergibt sich, dass in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung im allgemeinen die Grundlagen des gemeinen Prozesses, die im Ganzen durchaus zweckmässige sind, zur Geltung kommen. Ebenso sind auch die den Anschauungen der heutigen Zeit entsprechenden Modifikationen, welche zum Teil auch in den Partikulargesetzen Deutschlands Eingang gefunden hatten, meist in passender Weise aufgenommen worden. Die Kantone der romanischen Schweiz machen dabei keine Ausnahme; denn ihr Prozessrecht, das sonst viel selbständiger als das Civilrecht der französischen Gesetzgebung gegenübersteht, brauchte sich von der letztern gar nicht so sehr zu entfernen, um den Grundsätzen des kanonischen und gemeinen Prozesses treu zu bleiben, da das französische Recht hier selbst keine wesentlichen Abweichungen aufweist, die sich nicht auch in deutschen Landen vorfänden.

Während sich einerseits einige bedauernswerte Lücken und etliche wertlose Antiquitäten konstatiren lassen, sind anderseits verschiedene originelle und brauchbare Gedanken zu treffen, die für eine neue Kodifikation des Beweisrechtes der

Beachtung wol wert wären, wie z. B. die besondern Ausnahmen von der Erscheinungspflicht, die in *Waadt* und *Wallis* zu Gunsten Derjenigen, die vom Staate bereits anderweitig dringend in Anspruch genommen sind, aufgestellt werden.

Im Détail aber herrscht eine Verschiedenheit, die kaum grösser erfunden werden könnte. Eine Menge zufälliger Nuancirungen finden sich auch hier in den untergeordnetsten Punkten, die ihre Entstehung durchaus nur der Laune der lokalen Gesetzgebung verdanken. Niemand wird vernünftigerweise glauben, dass dieselben besondern Lebensbedürfnissen in den einzelnen Rechtsgebieten entsprechen. Mit Leichtigkeit liesse sich da von heute auf morgen eine einheitliche Regulirung einführen, ohne dass das Rechtsgefühl des Volkes auch nur im geringsten affizirt würde. Wozu dienen die hunderterlei Verschiedenheiten in der Lehre von der Weigerungsberechtigung, die doch beinahe alle dem nämlichen Prinzipe entspringen? Es wäre wirklich kaum der Mühe wert, all' dieses Détail aufzuzählen und zu analysiren, wenn es nicht dazu dienen würde, der Einsicht dafür Bahn zu schaffen, dass fünfundzwanzig verschiedene Normirungen einer und derselben Sache für ein Bevölkerungsgebiet von kaum drei Millionen Seelen nicht nur ein Luxus, sondern ein unnützer und chikanöser Wirrwarr ist, dessen Beseitigung nicht sehnlichst genug herbeigewünscht werden kann. Das Kapitel der Zeugnispflicht ist an und für sich von geringer Bedeutung, gerade deshalb aber ist es wie kein anderes dazu angetan, derartige Betrachtungen, wie sie eben angestellt worden sind, hervorzurufen; denn es ist nur ein einzelnes aber charakteristisches Glied aus einer Kette von zahlreichen untergeordneten Punkten des Civilprozessrechtes, in denen dieselbe Erscheinung zu Tage tritt.

---

§ 25.

2. Die begrifflichen Requisite des Zeugnisses.

Die begrifflichen Requisite des Zeugnisses sind wol zu unterscheiden von den Erfordernissen resp. Voraussetzungen der Beweiskraft desselben; die erstern können sehr wol vorhanden sein, ohne dass damit die Überzeugung von der Existenz oder Nichtexistenz der berichteten Tatsache für den Richter vorhanden ist; so gehört die Glaubwürdigkeit lediglich zu den Voraussetzungen der Beweiskraft, nicht aber zu denjenigen des Zeugnisses überhaupt, denn dieselbe lässt sich, da sie eine durchaus individuelle Eigenschaft des Menschen ist, nicht einfür allemal aufstellen, vielmehr kann sie erst im einzelnen Falle bei der Bildung der richterlichen Überzeugung als mitwirkender Faktor in Betracht kommen. Das hat die scholastische Richtung des gemeinen Prozesses und mit diesem der grösste Teil der frühern Prozessgesetzgebung verkannt, so dass wir heute noch in einer ganzen Anzahl schweizerischer Civilprozessgesetze unter der Kategorie der absolut unfähigen Personen eine Menge von Inhabilitätsgründen finden, die nur jener Verkennung der individuellen Natur der Glaubwürdigkeit zu verdanken sind. Es könnte sich nun fragen, ob diese Inhabilitätsgründe in ihrer Absolutheit, bei deren von Amtswegen zu konstatirendem Vorhandensein der Zeuge zur Deposition von vornherein nicht zugelassen wird, positivrechtlich nicht zu den begrifflichen Erfordernissen des Zeugnisses zu rechnen seien, allein diese Frage muss doch verneint werden, da sie alle stets nur auf die Glaubwürdigkeit sich beziehen, auf die Glaubwürdigkeit, welche richtig betrachtet stets nur Voraussetzung der Beweiskraft sein kann. Deshalb sollen auch jene Inhabilitätskategorien erst bei der Behandlung der Voraussetzungen der Beweiskraft erörtert werden.

Nach der richtigen Definition des Zeugenbegriffes müssen im Zeugen ein subjektives und ein objektives Requisit zusammen-

treffen, wie bereits oben ausgeführt wurde (pag. 222). Das subjektive ist die doppelte Fähigkeit des betreffenden Individuums, kraft welcher das letztere einmal die Wahrnehmung jener Tatsache, welche das Beweisthema bildet, mit seinen eigenen Sinnen hat machen können, und sodann im Stande ist, diese Wahrnehmung vor dem Richter zu reproduziren. Beide Fähigkeiten, von denen bei dem nämlichen Individuum die eine oder andere fehlen kann, müssen zusammen vorhanden sein. Das objektive Erfordernis bezieht sich auf die prozessuale Eigenschaft der Tatsache, über deren Wahrnehmung die betreffende Person auszusagen hat; die Tatsache muss nämlich relevant sein; als solche kann sie aber auch ein blosses Indicium oder ein aussergerichtliches Geständnis sein. Daraus folgt, dass theoretisch da, wo das Hörensagen, sei es auch nur als Indicium, relevant ist, das testimonium de auditu durchaus als begriffsmässig zu bezeichnen und deshalb nicht als unzulässig zu erklären ist.

Das subjektive Erfordernis der Wahrnehmungs- und Mitteilungsfähigkeit des Zeugen, das im gemeinen Prozesse überall richtig aufgestellt wurde,[198]) ist in den schweizerischen Civilprozessgesetzen nicht allenthalben klar enthalten; ja, einige Kantone erwähnen dasselbe gar nicht.

Zu den letztern gehören *Zürich,* die französischen Kantone *Freiburg, Waadt, Wallis, Neuenburg* und *Genf,* sowie der *aargauer* Entwurf. Diese haben es nach dem Vorgange des *französischen* Civilprozessrechtes für überflüssig gehalten, das schon im Begriffe des Zeugen liegende Requisit ausdrücklich aufzustellen, von der Überzeugung ausgehend, dass der Richter auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift vor allem die natürliche Fähigkeit der als Zeuge zu produzirenden Person

---

[198]) Vgl. *Bayer,* Vorträge, § 246; *Renaud,* Lehrbuch, § 110 I.; *Wetzell,* System, § 23 I.

zu prüfen habe.[199]) Das ist auch im *deutschen* Reichsrechte so gehalten worden.[200])

Wol aber wird das Requisit nach seinen beiden Seiten hin ausdrücklich aufgestellt in den Kantonen *Luzern* (§ 135 Ziff. 1 u. 2), *Schwyz* (§ 206 Ziff. 1 und 2, Entwurf § 177 Ziff. 1 und 2), *Obwalden* (Art. 73 Ziff. 1 und 2), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 3 Ziff. 1 und 2), *Zug* (§ 78 Ziff. 1 und 2), *Baselstadt* (§ 114), *Schaffhausen* (§ 232, nicht mehr so prägnant im Entwurf, wo in § 260 nur die Blödsinnigen, Geisteskranken und Unmündigen als inhabiles genannt werden), *Graubünden* (Art. 179, Ziff. 1 und 2, hier wird von geistlichen (sic!) und sinnlichen Gebrechen gesprochen), *Aargau* (§ 172, Ziff. 1 und 2), *Thurgau* (Art. 192, Ziff. 1 und 2) und *Tessin* (Art. 216, Ziff. 4). Mit Ausnahme von *Nidwalden*, *Baselstadt* und *Tessin* haben jedoch alle die genannten Kantone eine Minimalgrenze für das Alter des Zeugen vorgeschrieben, die zwischen 14 und 18 Jahren variirt, meist aber 16 Jahre, d. h. das heute fast überall geltende Mündigkeitsalter, beträgt, wie auch gemeinrechtlich die Unmündigkeit Inhabilitätsgrund war. Der Grund dieser formalistischen Beschränkung ist wol teils darin zu suchen, dass man die Entwicklungsstufe der Perzeptions- oder der Mitteilungsfähigkeit der Kinder unter jenem Alter gar zu gering anschlug, teils aber auch und vielleicht in erster Linie darin, dass man bei der obligatorischen

---

[199]) Das gerade Gegenteil hievon bildet die Bestimmung des § 248 der *solothurnischen* C. P. O., nach welcher die Unfähigkeit nur auf Antrag des Beweisgegners den Zeugen unzulässig macht; diese Bestimmung, die sich offenbar an österreichisches Recht anlehnt (A. G. O. § 140: „Ganz verwerflich, und auf Einwendung des Gegenteiles zum Zeugeneide niemals zuzulassen" . . .) ist gewiss unlogisch.

[200]) Sehr empfehlenswert ist eine Bestimmung des Inhalts, wie sie die *Indian Evidence Act* in Sect. 118 aufstellt: All persons shall be competent to testify unless the Court considers that they are prevented from understanding the questions put to them, or from giving rational answers to those questions, by tender years, extreme old age, disease, whether of body or mind, or any other cause of the same kind. — Der Richter ist danach in der Würdigung der individuellen Verhältnisse vollständig frei.

Beeidigung aller Zeugen für die Eidesmündigkeit eine bestimmte Grenze aufstellen musste, diese aber begreiflicherweise nicht allzu nieder ansetzen konnte. Diese Grenze gilt überall für den Zeitpunkt, da die betreffende Person als Zeuge aufzutreten hat, so dass es auch möglich ist, dass ein Zeuge über Wahrnehmungen, die er während der Zeit seiner Unmündigkeit gemacht hat, deponire.[201]) Um aber auch in dieser Beziehung den Richter vor allem und jedem Missgriffe zu hüten, haben verschiedene der genannten Kantone (*Luzern, Obwalden, Zug* und *Aargau)* für die Zeit der Wahrnehmung noch ein besonderes Minimalalter vorgeschrieben, und zwar ein solches von zwölf Jahren. Eine Tatsache, die ein zehn- oder elfjähriges Kind wahrgenommen, kann von diesem hier zu keiner Zeit bezeugt werden, mag sie noch so einfacher Natur sein. Das einzig richtige trifft unter den Kantonen, welche das Fähigkeitsrequisit ausdrücklich aufstellten, wol nur *Baselstadt,* wenn es in § 114 sagt:

> Als Zeugen unzulässig sind diejenigen, welche zur Wahrnehmung der zu beweisenden Tatsachen geistig oder körperlich unfähig waren[202]) oder zur Mitteilung ihrer Wahrnehmungen jetzt unfähig sind.
>
> Kinder können Zeugnis ablegen über alle Tatsachen, deren Erkenntnis ihrem Sinnes- und Denkvermögen möglich ist.[203])

Das entspricht der Vernunft am besten und muss deshalb auch für jene Kantone massgebend sein, welche über das subjektive Zeugniserfordernis gar nichts legiferiren. Von diesen enthalten

---

[201]) Diese Möglichkeit gibt *Bayer* (a. a. O.) auch für den gemeinen Prozess zu, doch mit der sehr richtigen Beschränkung, dass die streitige Tatsache so beschaffen sei, dass sie auch von einem Unmündigen gehörig aufgefasst werden konnte.

[202]) *Tessin* nennt unfähig coloro che per difetto fisico o morale non hanno potuto essere consapevoli della verità del fatto u. s. w.

[203]) Vgl. Art. 285 C. de proc. civ. fr.: Pourront les individus âgés de moins de quinze ans révolus être entendus, sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison.

nur *Wallis* (Art. 223, Ziff. 1) und *Neuenburg* (Art. 221) als Inhabilitätsgrund ein Alter unter 16 resp. (*Neuenburg*) 7 Jahren, während *Waadt* und *Genf* alle Kinder einvernehmen und nur die Beeidigung Derjenigen, die das 16. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben, unterlassen (das letztere geschieht auch in *Neuenburg*). *Zürich* und der *aargauer* Entwurf enthalten gar keine Beschränkung irgendwelcher Art; sie überlassen damit alles dem vernünftigen Ermessen des Richters. Das Zeugnis der Kinder ist allerdings sehr sorgfältig zu prüfen, doch wird es dem verständigen Richter nicht schwer fallen, durch geeignete Fragen den Grad der geistigen Reife des Kindes festzustellen. Eine grosse Gefahr, die vielleicht zu wenig berücksichtigt wird, liegt in der leichten Suggestibilität der kleinen Kinder. Durch hypnotische Suggestion können übrigens auch Erwachsene dazu gebracht werden, dass sie als Zeugen etwas als selbst erlebt berichten, was sie in Wirklichkeit gar nicht erlebt haben.

Die Kantone *Bern* (§ 216 Ziff. 1)[204]) und *Glarus* (§ 177 Ziff. 1) schliessen Diejenigen vom Zeugnisse aus, welchen der Gebrauch ihrer Geisteskräfte oder der zu der Wahrnehmung nötigen Sinnesorgane fehlte. Offenbar bezieht sich die hier erwähnte Unfähigkeit nur auf die Zeit der Perzeption, wenigstens lässt sich die Mitteilungsunfähigkeit daraus nicht klar herauslesen; entweder ist der Gesetzesinhalt oder die Redaktion mangelhaft, denn dass auch die Mitteilungsunfähigkeit den Zeugen inhabilis macht, ist selbstverständlich. Ebenso lückenhaft ist das *st. gallische* Gesetz (Art. 155), welches nur die Mitteilungsunfähigheit erwähnt.

Uri (§ 53), *Baselland* (§ 141), *Appenzell A.-Rh.* (§ 79) und *I.-Rh.* (Beweisverordnung Art. 6) bilden eine weitere Gruppe, indem hier einfach die Blödsinnigkeit und die Geisteskrankheit als Inhabilitätsgründe genannt werden, ohne dass zwischen der

---

[204]) Der *Moser*'sche Entwurf von 1878 stand auf dem Standpunkte der unbeschränkten Freiheit in der richterlichen Würdigung; er verbot nur die Vereidigung unmündiger und geistig unreifer Personen. (§ 383.)

Perzeptions- und der Mitteilungszeit unterschieden würde. Mit Ausnahme von *Uri* schliessen diese Kantone aber auch die Kinder (*Baselland* bis zu einem Alter von 12 Jahren, *Appenzell A.-Rh.* die Unmündigen [unter 16 Jahren]) und *Appenzell I.-Rh.* sogar die Minderjährigen vom Zeugnis aus. Die Unmündigen sind endlich auch in *Glarus* (§ 177 Ziff. 2) und in *Solothurn* (§ 248: 14 Jahre) zeugnisunfähig.

Über das Vorhandensein der erforderlichen Geistesfähigkeiten können natürlich sehr oft Zweifel entstehen, die der Richter von sich aus kaum vollständig lösen kann; in solchen Fällen muss ein Psychiater beigezogen werden, der in denjenigen Kantonen, welche nicht schablonenhafte Kategorien aufstellen, dem Richter in der Regel ausreichende Auskunft geben wird über das Mass der Perzeptions- oder Reproduktionsfähigkeit des Zeugen. Dieses Auskunftsmittel, das der Richter kraft seines officium sich zu Nutze zu machen berechtigt ist, wird nur in *Luzern* (§ 137 Ziff. 6) ausdrücklich erwähnt, sonst aber nirgends, offenbar weil dessen Zulässigkeit für selbstverständlich betrachtet wird. Wo nur Blödsinnige und Geisteskranke genannt werden, da wird der Richter bei blos verminderter Zurechnungsfähigkeit, welche noch nicht die Stufe des Blödsinns erreicht, ebenso vorsichtig zu Werke gehen müssen, wie bei der Einvernahme von Kindern; in den Kantonen, welche die gemeinrechtliche Formulirung des Fähigkeitsrequisites haben, kann der Zustand der anormalen geistigen Entwicklung, welcher nicht offenbarer Blödsinn oder Verrücktheit ist, geradezu als Inhabilitätsgrund wirken.

Eine interessante Erscheinung bilden die Vorschriften der *luzerner* C. P. O. (§ 137 Ziff. 6) und des *schwyzer* Entwurfes (§ 179 Ziff. 3), wo die zweifelhafte geistige Fähigkeit den Zeugen verdächtig macht. *Luzern* sagt, verdächtig seien

> 6. diejenigen, von denen es zweifelhaft ist, ob es ihnen nicht an dem zur richtigen Wahrnehmung der zu bezeugenden Tatsachen erforderlichen Geistes- oder Sinnesvermögen, oder an der Fähigkeit, früher gemachte

Sinneswahrnehmungen wieder mitzuteilen, insbesondere am Gedächtnis fehlt.

und der *schwyzer* Entwurf zählt ausser den Personen von beschränkten Geistes- oder Sinneskräften alle Altersschwachen zu den verdächtigen Zeugen. Wenn Altersschwäche hier so viel wie senile Gedächtnisschwäche bedeuten soll, so ist gegen diese Bestimmung nicht viel einzuwenden. Am richtigsten wird eben auch die Berücksichtigung solcher Zustände vollkommen der freien richterlichen Würdigung anheimgegeben, und dann bedarf es einer ausdrücklichen Erwähnung derselben gar nicht.

Das zweite, objektive Requisit des Zeugnisses, dass es sich auf eine relevante Tatsache beziehe, ist in der Theorie stets aufgestellt worden. Es scheint aber, dass man sich über die Relevanzqualität der Tatsachen nicht immer klar geworden ist, sonst hätte man sich in neuerer Zeit nicht so grosse Mühe geben müssen, um das Indicium auch im Civilprocess zu seinem Rechte kommen zu lassen. Wie lange galt doch der Satz, dass Zeugnisse über Hörensagen unbedingt unzulässig seien, als unerschütterliches Axiom; erst *Wetzell* hat in seinem System des gemeinen Prozesses den richtigen Weg gezeigt, indem er (in § 23 I) ausführte: „Selbstverständlich aber kommt weder die Wahrnehmungs-, noch die Depositionsfähigkeit in Frage, wo die vorgeschlagenen Zeugen von der zu beweisenden Tatsache aus äusseren Gründen nichts wissen können, oder ihre Kenntnis derselben aus den Mitteilungen Anderer ableiten (testes de auditu), sofern es sich im letztern Falle nicht gerade darum handelt, dass die Zeugen von Anderen etwas gehört oder nicht gehört haben, wie beim Beweise der unvordenklichen Verjährung oder eines Gerüchts.“ [205]) In der Tat kommt es nur darauf an, ob das

[205]) Es wird hier am Schlusse nur exemplifizirt; der Kreis der Tatsachen, über welche Zeugnisse vom Hörensagen zulässig sind, ist damit nicht abgeschlossen, wenn auch die von *Wetzell* citirten Quellenzeugnisse aus dem römischen Rechte sich nur auf die beiden erwähnten Fälle beziehen.

Hörensagen in concreto relevant sei oder nicht; ist es relevant, dann bezieht sich eben die Aussage des Zeugen auf die Tatsache des Gehörthabens und ist die Berichterstattung über eine eigene Wahrnehmung, wie diejenige jedes andern Zeugen. Dass dies nur bemerkt wurde, wenn die zu beweisende Tatsache den Rechtsakt selbst bildete, wie bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung, ist ein Ausfluss jener Verkennung der verschiedenen Stufen der Tatsachenrelevanz.

Eine Reihe von Kantonen stehen noch auf dem alten Standpunkte, indem sie zwar den richtigen Satz aufstellen, dass Zeugen nur insoweit Glauben verdienen, als sich deren Aussagen auf ihre unmittelbare sinnliche Wahrnehmung gründen, aber unmittelbar damit das Verbot der Abhörung von testes de auditu verbinden und nur in dem speziellen Falle, wo es sich um den Beweis der unvordenklichen Verjährung handelt, eine Ausnahme zulassen. Dahin gehören *Luzern* (§ 155), *Schwyz* Entwurf (§ 196), *Obwalden* (Art. 72), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 10 Ziff. 5), *Zug* (§ 77), *Baselland* (§ 151), *Schaffhausen* (§ 234) und *St. Gallen* (§ 154). Alle andern Kantone erwähnen in richtiger Weise die testes de auditu gar nicht. Das Prinzip der Unmittelbarkeit der Wahrnehmung, das sich übrigens von selbst versteht, sobald man das Zeugnis als das, was es ist, als eine Berichterstattung über eigene Wahrnehmung auffasst, stellen im übrigen ausdrücklich nur noch die Kantone *Bern* (§ 215), *Freiburg* (Art. 330 „perception immédiate"), *Aargau* (§ 170, Entwurf § 228) und etwas modifizirt auch *Wallis* (Art. 221: „La preuve par témoins n'est admissible que sur des faits qui tombent sous les sens.") auf. Nicht ganz korrekt ist es übrigens, wenn das genannte Prinzip von diesen Kantonen als Voraussetzung der Glaubwürdigkeit aufgestellt wird, denn es gehört schon zum Begriff des Zeugnisses, wie es auch in den oben angeführten Definitionen, welche die Kantone *Baselstadt* und *Thurgau* über den Zeugenbegriff geben, enthalten ist.

Von verschiedenen Schriftstellern[206]) wird als drittes begriffliches Requisit verlangt, dass der Zeuge beim Ausgange des betreffenden Prozesses nicht beteiligt sei, oder einfach, dass er eine Drittperson sein müsse. Die Beweismittelnatur des Zeugnisses setzt selbstredend voraus, dass der Zeuge weder Kläger noch Beklagter, noch überhaupt irgendwelche Partei, also auch nicht Intervenient sei, denn Partei und Beweismittel kann der Natur der Sache nach nicht eine und dieselbe Person sein. Deshalb braucht die Qualität des extraneus gar nicht in die Definition des Zeugen aufgenommen zu werden, so wenig wie dies bei andern Beweismitteln nötig ist. Die blosse Beteiligung am Ausgange des Prozesses aber kann nicht als mit dem Begriffe des Zeugen unvereinbar angesehen werden, sobald die betreffende Person nicht Partei selber ist, vielmehr kann sie nur als ein die Glaubwürdigkeit des beteiligten Zeugen minderndes Moment bei der Würdigung der Beweiskraft des Zeugnisses in Betracht kommen; man müsste sonst von der Annahme ausgehen, dass der Beteiligte als solcher eo ipso nicht im Stande sei, die Wahrheit über eine streitige Prozesstatsache auszusagen, was doch im Ernste in dieser Allgemeinheit nicht gesagt werden kann. Positivrechtlich mag der Gesetzgeber allerdings die Zeugnisse solcher Personen wegen ihrer nicht zu bestreitenden Gefährlichkeit ein- für allemal ausschliessen, allein dann geschieht es eben nur deshalb, weil man die Glaubwürdigkeit dieser Zeugen von vornherein für Null ansieht; die Glaubwürdigkeit hat aber, wie bereits ausgeführt, mit dem Zeugenbegriffe nichts zu tun. So soll denn auch die Beteiligung am Ausgange des Prozesses, die in der Schweiz allerdings an manchen Orten Inhabilitätsgrund, bisweilen aber auch nur Verdächtigkeitsgrund ist, im folgenden, über die Beweiskraft handelnden Abschnitte behandelt werden.

---

[206]) *Bayer*, Vorträge, § 243, und *Wetzell*, System, § 23, Eingangs.

3. Die Beweiskraft des Zeugnisses.

a) Die Voraussetzungen der Beweiskraft.

§ 26.

α) Die individuelle Glaubwürdigkeit des Zeugen.

Die Beweiskraft bedeutet die Grade der richterlichen Überzeugung, die sich von dem Zustande des Nichtüberzeugtseins bis zu demjenigen der vollständigen Überzeugung bewegen; dazwischen können hunderterlei Grade liegen, welche eine grössere oder kleinere Wahrscheinlichkeit bedeuten. Der grosse englische Jurist *Bentham* hat diese Grade in einer Überzeugungsscala geradezu fixiren und den Richter anweisen wollen, sich stets des bestimmten positiven oder negativen Überzeugungsgrades zu vergewissern, so dass er in der Lage sei, genau anzugeben: meine Überzeugung steht auf 10, auf 15 Grad positiver oder negativer Überzeugung.[207]) Dieser geistreiche Einfall hat nicht vermocht, sich irgendwelchen Anhang unter den Theoretikern oder den Praktikern zu verschaffen; er leidet eben an vollständiger Undurchführbarkeit, denn niemand ist im Stande, sich so genau Rechenschaft über den Intensitätsgrad seiner Überzeugung zu geben, wie es die Anwendung jener Scala erfordern würde. Und diese käme gerade beim Zeugenbeweise hauptsächlich in Frage, weil hier die Überzeugung des Richters naturgemäss am meisten variirt. Gerade hier aber ist der Grad der Intensität der Überzeugung am wenigsten sicher festzustellen wegen der ungeheuren Schwierigkeit, die in der sichern Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen liegt. Die Glaubwürdigkeit des Zeugen aber spielt bei der Bildung der richterlichen Überzeugung die allergrösste Rolle. Diesem Umstande ist es zuzuschreiben, dass die mittel-

---

[207]) Vgl. *Best*, Grundzüge des englischen Beweisrechtes, deutsch bearbeitet von Dr. *H. Marquardsen*, Heidelberg 1851, § 62.

alterlichen Prozessualisten und nach ihnen auch die ganze neuere gemeinrechtliche Jurisprudenz vermöge der bekannten Tendenz, dem Richter möglichst wenig Spielraum in der Bildung der Überzeugung zu lassen, die Glaubwürdigkeit der Zeugen durch Aufstellung von Kategorien unfähiger und verdächtiger Zeugen positiv und negativ zu umschreiben suchten. Damit hatte man nun faktisch auf die beiden Endpunkte der *Bentham*'schen Scala — und soweit durch verdächtige Zeugen ein halber Beweis hergestellt werden konnte, auch auf den mittlern Punkt derselben — eine Reihe von stabilen Kategorien festgesetzt. Der Richter braucht da nur auf seiner Scala nachzusehen, auf welchem dieser drei Punkte die zu verhörende Person stehe, um sofort (mechanisch) angeben zu können, welchen Grad der Glaubwürdigkeit und deshalb dann auch der Überzeugung für ihn dabei voraussichtlich herauskommt, oder welcher Grad nach der Einvernahme desselben zur Anwendung kommt. Es leuchtet ein, dass dies für den Richter ein überaus bequemes Mittel ist, ein Mittel, das ihn aller Mühe des Nachdenkens, aber auch aller Verantwortlichkeit enthebt. Zugleich ist eine derartige starre Regulirung der Glaubwürdigkeit auch ein gewaltiger Hemmschuh für die Erforschung der materiellen Wahrheit, denn zwischen den erwähnten drei Punkten der Scala gibt es für den Richter nichts; er darf seine Überzeugung ja nicht ex motu animae suae schöpfen, sondern hat sie in der vom Gesetze fixirten Weise ein- für allemal, d. h. ohne Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Verhältnisse, seinem Urteile zu Grunde zu legen.

Das sind die Erwägungen, welche die neueste prozessrechtliche Wissenschaft zu der Beseitigung der Glaubwürdigkeitskategorien geführt hat; ihr ist auch die neueste Gesetzgebung gefolgt. Doch hat bis jetzt noch keine Civilprozessordnung den Schritt voll und ganz gewagt. So sind in dem deutschen Reichscivilprozess (§ 358), der auf dem System der freien Beweiswürdigung aufgebaut ist, noch zwei Kategorien solcher Personen beibehalten, die um ihrer geringern Glaub-

würdigkeit willen prinzipiell unbeeidigt zu lassen und nur durch besondern Gerichtsbeschluss zu beeidigen sind. Ähnlich haben auch die Kantone *Zürich, Bern, Baselstadt, Appenzell I.-Rh.* und *Genf* alle Kategorien abgeschafft bis auf diejenige der Verwandten, die als testes (civiliter) inhabiles behandelt werden. Auch *Waadt* gehört zu dieser Gruppe, da hier lediglich die Vereidigung Verwandter und Interessirter vom Richter oder den Parteien (auch vom Zeugen selbst) verweigert werden kann (Art. 241), im weitern aber keine civilen Inhabilitätsgründe aufgestellt werden. Es ist zu beachten, dass mit Ausnahme von *Genf* die Civilprozessordnungen aller dieser Kantone den letzten zwei Dezennien angehören.

Die oberste Stufe, vollständige Beseitigung aller Kategorien, die sich auf die Glaubwürdigkeit beziehen, haben nun aber in neuester Zeit die Entwürfe der Kantone *Schaffhausen* und *Aargau* zu erklimmen gewagt, und das ist eine erfreuliche Geistestat. Schon *Zürich* (§ 366) und *Baselstadt* (§ 115) liessen die Verwandten in Ausnahmefällen zur Aufklärung des Richters zu, machten es dabei aber dem Richter zur Pflicht, deren Aussagen mit gehöriger Vorsicht zu berücksichtigen. Wenn nun der Richter verpflichtet wird, überhaupt eine jede Zeugenaussage nach allen Richtungen hin sorgfältig zu prüfen und dieselbe mit der allergrössten Vorsicht zu behandeln, so sollte es m. E. nicht mehr nötig sein, ihm irgendwelche Personen deshalb zur Einvernahme nicht anzuvertrauen, weil deren Glaubwürdigkeit als gering zu präsumiren ist. Die Motive, welche den Gesetzgeber zur Aufstellung der Präsumption, dass Verwandte unglaubwürdig seien, bewogen haben, würden noch bei einer Menge von andern Personen, die in irgend einem besondern Verhältnisse zu einer der Parteien steht, zutreffen, und doch überlässt man ohne Bedenken die Würdigung dieser besondern Verhältnisse dem Ermessen des Richters. Es scheint mir also inkonsequent zu sein, im einen Falle das freie Ermessen schalten zu lassen, im andern aber dasselbe zu beschränken. Eine Frage ganz anderer Natur ist die, ob nicht

religiöse Momente dafür sprechen, gewisse Leute mit der Vereidigung zu verschonen, eine Frage, die in bejahendem Sinne beantwortet worden ist in der D. R. C. P. O. und in *Waadt*. Wenn die Aussage eines solchen Zeugen dann auch nicht ganz vollwertig sein wird, so kann der Richter doch ihren Wert frei von sich aus beurteilen; *Waadt* bestimmt allerdings, dass sie nur à titre de renseignement in Betracht komme, allein diese Aufklärung kann unter Umständen in ihrer Wirkung doch einem vollwertigen Zeugnisse gleichkommen.

Das aber ist gewiss, dass bei dem Systeme der vollständigen Freiheit in der Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen ein tüchtiges Richterpersonal auf dem Platze sein muss, das namentlich auch mit einer gewiegten Lebenserfahrung ausgerüstet ist; ob es geschulte, d. h. juristisch gebildete, oder ungeschulte Richter seien, kommt m. E. daneben weniger in Betracht; der tüchtige Laienrichter wird mit dem freien Systeme besser auskommen, als mit dem gekünstelten legalen Systeme, das er beständig als Hemmschuh empfinden muss, während umgekehrt ein schlechter Laienrichter sich über die bequemen Auskunftskategorien der Legaltheorie freuen wird. Dem Juristen aber wird ein System, das ihm die unbeschränkte Entfaltung all' seiner juristischen Erfahrung ermöglicht, nur willkommen sein.

Noch nicht auf der hohen Stufe, wie die beiden Entwürfe und die bisher genannten Kantone, stehen die übrigen Kantone der Schweiz. Einige unter diesen lassen allerdings die Tendenz zur freien Regelung der Würdigung der Glaubwürdigkeit (was nicht zu verwechseln ist mit der Würdigung des Inhaltes der Zeugenaussage) erkennen, indem sie nicht nur die Zahl der allgemeinen Kategorien, sondern auch die Zahl der innerhalb dieser Kategorien genannten Personenklassen vermindern.

Was die allgemeinen Kategorien der Glaubwürdigkeit betrifft, so gibt es in der *schweizerischen* Civilprozessgesetzgebung deren drei: Personen, die von Amtswegen zum Zeugnisse nicht zugelassen werden (testes civiliter inhabiles, unzulässige Zeugen);

sodann solche, die auf Antrag des Beweisgegners ausgeschlossen werden (verwerfliche Zeugen), eine Kategorie französischen Ursprungs; endlich solche, die zwar abgehört werden, deren Aussage aber nicht vollwertig ist (testes suspecti, verdächtige Zeugen). Alle drei Kategorien neben einander stellen nur auf *Luzern, Schwyz* Entwurf, beide *Unterwalden* und *Zug*, und die Kategorie der verdächtigen Zeugen wird nur noch festgehalten von den eben genannten Kantonen und von *Tessin*. In den übrigen Kantonen werden die zu dieser Kategorie gehörenden Personenklassen bald unter die unzulässigen, bald unter die verwerflichen Zeugen gestellt, wie schon im gemeinen Prozesse die Unterscheidung der Inhabilität von der Verdächtigkeit mit der Zeit weniger streng durchgeführt wurde. „In der heutigen Theorie laufen die Grenzen so vielfach ineinander, dass die Unterscheidung oft wertlos wird," sagte *Endemann* im Jahre 1860.[208]) Die Prozessgesetze sind zum grössten Teil auch da wieder die getreuen Spiegelbilder ihrer Zeit.

Dieses Ineinanderlaufen der Grenzen würde die Einzeldarstellung des gegenwärtigen Kapitels zu einer sehr ermüdenden machen, wollte man sie nach den allgemeinen Rubriken der unzulässigen, verwerflichen und verdächtigen Zeugen einteilen. Richtiger wird es sein, wenn man die einzelnen Personenklassen nach dem Grunde ihrer minderen Glaubwürdigkeit rubrizirt, und dann innerhalb dieser Gruppen untersucht, wie die Personen gleicher Rubrik in den einzelnen Prozessgesetzen behandelt werden.

Im allgemeinen lassen sich zwei Hauptgruppen unterscheiden; die eine wird gebildet von denjenigen Personen, die schon vermöge ihrer individuellen Persönlichkeit, vermöge ihres Charakters, ihrer sittlichen oder sozialen Lebensstellung für minder glaubwürdig gehalten werden (absolute Minderung der Glaubwürdigkeit); die andere dagegen setzt sich aus denjenigen zusammen, deren besondere Beziehungen zu einer

---

[208]) *Endemann*, Beweislehre, p. 204.

der Parteien sie erfahrungsgemäss oder wenigstens nach der Meinung des Gesetzgebers als befangen und deshalb minder glaubwürdig erscheinen lassen (relative Minderung der Glaubwürdigkeit). Diese Beziehungen können bestehen in besonderer Zuneigung oder Abneigung, woraus man die Kategorien der Verwandten, der Freunde und Feinde hergeleitet hat, oder in Verhältnissen der Abhängigkeit, welchen die Klassen der Vögte, Anwälte, Angestellten und Dienstboten entsprechen, oder endlich auch in rein prozessualen Beziehungen, wie sie das Interesse des Zeugen am Ausgange des Prozesses begründet. Nach dieser Gruppirung soll die folgende Darstellung sich einteilen.

I. Absolute Minderung der Glaubwürdigkeit.

Nachdem die im römischen und kanonischen Rechte aufgestellte Ausschliessung der Ketzer und Juden gegenüber rechtgläubigen Christen längst auch im gemeinen Prozesse dahingefallen war,[209] bildete die Grundlage für die absolute Unzulässigkeit und Verdächtigkeit hauptsächlich nur noch der Zustand der Ehrenminderung. Die Infamie des römischen Rechtes und die Recht- und Ehrlosigkeit des deutschen Rechtes galten lange Zeit als Ausschliessungsgründe; dabei wurden namentlich die Fälle der im römischen Recht infamia mediata genannten Ehrlosigkeit betont, und in erster Linie die wegen Meineides bestraften Personen hervorgehoben, dann aber überhaupt die wegen eines entehrenden Verbrechens Verurteilten genannt. Sodann wurden auch Diejenigen, deren Leumund ein schlechter war, als minder glaubwürdig betrachtet, ja sogar personae plane ignotae.[210] Wie die Theorie, so war auch die Partikulargesetzgebung durchaus nicht einig darin, ob sie diese Minderungsgründe als Unzulässigkeits- oder blos als Verdächtigkeitsgründe wirken lassen wollte.

---

[209]) Vgl. *Wetzell*, System, § 23 zu Note 23.

[210]) Vgl. *Bayer*, Vorträge, § 246 ad I. 4—6. — *Wetzell*, a. a. O., p. 212.

So nun auch die *schweizerische* Prozessgesetzgebung. Der Kern aller Unzulässigkeits-, Verwerflichkeits- und Verdächtigkeitsgründe liegt auch hier durchaus in der Ehrenminderung des Zeugen. Wer nicht vollkommen ist an seinem Rechte, wie der *Sachsenspiegel* (II, 36, § 4) sagt, verdient auch nicht vollen Glauben vor Gericht. Meist kommt jedoch nur die gerichtlich erklärte Ehrenminderung in Betracht; doch gilt hie und da schon der schlechte Leumund allein als die Glaubwürdigkeit mindernd. Er macht den Zeugen unzulässig nur in *Schaffhausen* (§ 232, 4), während er verwerflich macht in *Uri* (§ 54) und *St. Gallen* (Art. 156 litt. s), und nur als Verdächtigkeitsgrund gilt er in *Luzern* (§ 137 Ziff. 4), *Schwyz* Entwurf (§ 179 Ziff. 3), *Obwalden* (Art. 75 Ziff. 2), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5, § 5 Ziff. 2) und *Zug* (§ 80 Ziff. 5). Eben hiezu können auch die als verwerflich genannten Personen gerechnet werden, die *St. Gallen* in Art. 156 litt. o, r und s aufzählt, wie sittenlos Erklärte und Diejenigen, denen der Besuch des Wirtshauses untersagt ist, ferner solche, die wegen Liederlichkeit Armenunterstützung geniessen oder früher genossen haben und nicht wenigstens 6 Monate vor Prozessbeginn zurückvergütet haben, endlich Bettler, Landstreicher und Dirnen. *Tessin* bezeichnet als verdächtige Zeugen in Art. 217 Ziff. 4, le spie, le meretrici ed i lenoni dalla pubblica opinione reputati tali. Kaum mehr den heutigen Anschauungen entsprechend ist die *schaffhausische* Bestimmung (§ 232 Ziff. 4), nach welcher die Almosengenössigkeit ohne Rücksicht darauf, ob sie verschuldet sei oder nicht, den Zeugen unzulässig macht.[211]) Es lässt sich fragen, ob eine derartige Bestimmung nicht im Wider-

[211]) Das ist allerdings altes deutsches Recht, wie die Sprichwörter „Armer Leute Rede gilt nicht" (*Graf u. Dietherr*, deutsche Rechtssprichwörter, p. 452 f., No. 501 f.) und „Der Lump hat nichts zu verlieren" beweisen. Vgl. Jur. fris. XV, 16: een eerm man meg neen orkena wessen, und den Satz aus dem Hamburgischen Recht: Um Schuld und Erbe kann Niemand zeugen, er habe denn Erbe.

spruch stehe mit dem bundesstaatsrechtlichen Prinzipe der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetze (Art. 4 der Bundesverfassung).

Im übrigen kommt nur diejenige Ehrenminderung in Betracht, die entweder durch den Richter ausgesprochen worden oder als Folge des Konkurses im Gesetze vorgesehen ist. Der Verlust der öffentlichen bürgerlichen Rechte (des sogenannten Aktivbürgerrechtes) ist Unzulässigkeitsgrund in *Bern* (§ 216 Ziff. 3) und *Thurgau* (§ 192 Ziff. 4), hier aber nur, wenn er die Folge eines strafgerichtlichen Urteils ist, sodann in *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5, § 3), *Glarus* (§ 177 litt. c, Ziff. 1—3),[212] *Schaffhausen* (§ 232 Ziff. 4), *Appenzell A.-Rh.* (§ 79 litt. d), *Appenzell I.-Rh.* (B. V. Art. 6 litt. a) und *Graubünden* (Art. 179 Ziff. 3), endlich auch in *Uri* (§ 53 litt. b), wo „alle Ehrlosen und Falliten", sowie in *Luzern* (§ 135) und *Schwyz* (§ 206), wo nur die Falliten unzulässig sind. *Glarus* zählt neben den Falliten auch Diejenigen auf, „welche nicht Franken für Franken bezahlt haben (Akkorditen)" und geht damit in diesem Punkte am weitesten von allen Kantonen. Selbstverständlich dauert die Unzulässigkeit dieser Personen nur so lange, als der Verlust der Ehrenrechte nicht durch Rehabilitation wieder aufgehoben wird.

Verwerflich sind in *Solothurn* (§ 248) die mit Verlust Vergeldstagten (d. h. Konkursiten), in *Aargau* (§ 173 litt. i) die Konkursiten überhaupt und in *St. Gallen* (Art. 156 litt. p) die Falliten und die Akkorditen (die letztern jedoch nur nach Massgabe des Konkursgesetzes), aber auch die ausgepfändeten („ausgeschätzten") Schuldner.

In *Zug* (§ 80) sind die Falliten verdächtig und in *Obwalden* (Art. 75 Ziff. 3) sind es sogar Diejenigen, die früher gerichtlich ehrlos erklärt, nachher aber rehabilitirt worden sind!

Unter Vormundschaft gestellte Volljährige sind ver-

---

[212]) *Glarus* fasst diese Personen zusammen in dem alten Ausdrucke Ehrlose, spezialisirt sie aber in drei Klassen.

werflich in *Solothurn* (§ 248) und *Aargau* (§ 173 litt. h), verdächtig in *Luzern* (§ 137 Ziff. 8), *Schwyz* Entwurf (§ 179 Ziff. 3) und *Zug* (§ 80 Ziff. 6).

Endlich ist noch die Kategorie der Verbrecher zu erwähnen. Die verminderte Glaubwürdigkeit trifft mit wenigen Ausnahmen nur die zu kriminellen, nicht auch die zu korrektionellen oder polizeilichen Strafen Verurteilten, also die wegen eines Verbrechens im engern (technischen) Sinne des Wortes Bestraften. Unzulässig sind diese in *Bern* (§ 216, Ziff. 3), *Luzern* (§ 135 Ziff. 6), *Schwyz* (§ 206), *Obwalden* (Art. 73, Ziff. 4), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 3), *Glarus* (§ 177 litt. c Ziff. 1), *Zug* (§ 78 Ziff. 3), *Graubünden* (Art. 179, Ziff. 3), *Aargau* (§ 172 litt. e) und *Thurgau* (§ 192, Ziff. 4). Hiebei ist noch hervorzuheben, dass in *Schwyz,* wo das alte Institut der absolutio ab instantia noch existirt, auch die von der Instanz Entlassenen bis zu ihrer Rehabilitation unzulässig sind, dass in *Nidwalden* unzulässig nur Diejenigen sind, die wenigstens mit Pranger (diese Strafe ist nun bundesstaatsrechtlich unstatthaft) oder Zuchthaus bestraft sind, und dass endlich in *Schaffhausen* (§ 232 Ziff. 4) neben Denjenigen, die nicht in bürgerlichen Ehren und Rechten stehen (und hiezu gehören implicite auch die zu entehrenden Strafen Verurteilten) auch Diejenigen, die im Anklagezustand sich befinden, genannt werden, wie auch in *Graubünden* (Art. 179, Ziff. 3) die wegen eines Verbrechens in Untersuchung Stehenden unzulässig sind. Ganz isolirt stehen die Kantone *Tessin* (Art. 216, Ziff. 5) und *Wallis* Art. 223, Ziff. 2). Im erstern werden Diejenigen vom Zeugnisse ausgeschlossen, che sono stati giudicati di un delitto commesso ad ogetto di lucro, und im letztern sind es Diejenigen, welche wegen Meineides verurteilt oder mit Zuchthaus bestraft worden sind, sowie auch von den korrektionell Bestraften Diejenigen, welche wegen Diebstahls verurteilt wurden.

Als verwerfliche Zeugen werden Verbrecher in *Solothurn* (§ 248) und *St. Gallen* (Art. 156 litt. m) behandelt

In *St. Gallen* gehören dazu auch schon die wegen eines Verbrechens in Anklagezustand Versetzten und in *Glarus* (§ 179 litt. d) sind überhaupt nur die letztern verwerflich. Zur Begründung der Verwerflichkeit genügt nun in *Schwyz* (§ 207 Ziff. 9) schon eine wegen eines Treu und Glauben verletzenden Vergehens erfolgte Strafe oder angehobene Untersuchung, ebenso reicht in *Solothurn* (§ 248) eine entehrende „Polizeistrafe" hin, und in *St. Gallen* bedarf es einer korrektionellen Bestrafung wegen Diebstahls oder Unterschlagung oder eines mit beabsichtigter Schädigung verbundenen Betruges, d. h. eben eines Treu und Glauben verletzenden Vergehens.

Die Verdächtigkeit wird begründet durch eine wegen eines Treu und Glauben verletzenden Vergehens oder einer deswegen angehobenen Untersuchung im *schwyzer* Entwurf (§ 175 Ziff. 5) und in *Obwalden* (Art. 75); in *Tessin* sind Diejenigen verdächtig, die zu einer affliktiven oder infamirenden Strafe verurteilt sind oder deswegen in Untersuchung stehen, wenn sie nicht überhaupt unzulässig sind. In *Luzern* (§ 137, Ziff. 5) macht nur die Untersuchung wegen eines kriminellen Verbrechens verdächtig, und in *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 5) sind es Diejenigen, welche „wirklich wegen eines bedeutenden Vergehens" in Untersuchung stehen.

Einen Nachklang zu der alten gemeinrechtlichen Kategorie der *homines plane ignoti* und dem in den mittelalterlichen Stadtrechten stets wiederkehrenden Satze: *Nullus extraneus testis erit super burgensem sed tantummodo burgensis super burgensem*[213]) bilden die wenig anmutigen Bestimmungen der Urkantone *Uri* (§ 54), *Obwalden* (Art. 73), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 3 Ziff. 8) und *Zug* (§ 78 Ziff. 3), wo Nichtkantonsbürger (in *Uri* nicht angesessene Fremde) so lange als übelbeleumdet und deshalb unzulässig oder verwerflich behandelt

---

[213]) So z. B. der Stadtrat von *Freiburg i. Br.* (Stiftungsbrief Conrads von Zähringen c. 16, Stadtrodel c. 38), ebenso die *Berner* Handfeste von 1218, c. 15, und die *Burgdorfer* Handfeste von 1316, c. 194 (bei *Gaupp*, Stadtrechte).

werden, bis sie sich über ihre Ehrenfähigkeit durch ein genügendes Leumundszeugnis ausgewiesen haben! Das ist, gleich wie die Ausschliessung der Almosengenössigen in *Schaffhausen*, gegenüber Art. 4 der Bundesverfassung kaum haltbar.

Zu den absoluten Minderungsgründen kann schliesslich noch die Ausschliessung derjenigen Zeugen gerechnet werden, die zu ihrer eigenen Schande aussagen müssten. Dass diese in den meisten Kantonen, welche sie erwähnen, zu den ablehnungsberechtigten Zeugen gehören, ist oben dargestellt worden und es bleibt hier nur übrig, die Kantone, welche sie als unzulässig oder verwerflich erklären, noch einmal anzuführen. Jene Personen sind unzulässig in den Kantonen *Solothurn* (§ 246 Ziff. 1), *Baselland* (§ 142 Ziff. 2), *St. Gallen* (Art. 155 litt. c) und *Wallis* (Art. 223 Ziff. 3). Verwerflich sind in *St. Gallen* (Art. 156 litt. t) Diejenigen, welche zur Schande von Ehegatten, leiblichen Kindern, Eltern und Grosseltern aussagen müssten.

Ebenso können noch in diesem Zusammenhange diejenigen Kantone erwähnt werden, welche Personen, denen Amts- oder Berufsgeheimnisse anvertraut werden, unzulässig oder verwerflich erklären. Unzulässig sind sie in *Bern* (§ 217 Ziff. 1), *Luzern* (§ 135 Ziff. 7), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 3, Ziff. 3), *Solothurn* (§ 246 Ziff. 4 und 5), *Baselland* (§ 141), *St. Gallen* (Art. 155), *Aargau* (§ 172 litt. d), *Tessin* (Art. 216, Ziff. 6) und *Wallis* (Art. 224); verwerflich dagegen in *Obwalden* (Art. 74 Ziff. 4), *Zug* (§ 79 Ziff. 4) und *Appenzell A.-Rh.* (§ 78), im letztgenannten Kantone jedoch nur kraft besondern Entscheides des Gerichtes.

II. Relative Minderung der Glaubwürdigkeit.

A. Zu- oder Abneigung des Zeugen.
(Verwandtschaft, Freundschaft, Feindschaft.)

Eine der menschlichen Schwächen liegt darin, dass der Trieb, die Wahrheit zu sagen, schlecht zu funktioniren beginnt, sobald

die Wahrheit uns oder andern uns Nahestehenden nicht frommt, oder sobald das Verschweigen oder Verrücken der Wahrheit uns oder Nahestehenden von Nutzen ist. Nicht als ob diese Schwäche nicht überwunden werden könnte, aber der Richter wird doch einem Zeugen, der in einen der erwähnten Fälle kommt, mit allergrösster Vorsicht, ja mit etwelchem Misstrauen gegenüberstehen. Findet der Richter nach Prüfung aller Verhältnisse, dass die betreffende Person seines Vertrauens würdig sei, so liegt allerdings kein Grund mehr vor, weshalb er die Aussage desselben nicht gleich behandeln sollte wie diejenige eines unanfechtbaren sogenannten klassischen Zeugen. Gewiss mag unter Umständen die Prüfung jener Verhältnisse mit ausserordentlichen Schwierigkeiten verbunden sein und vielleicht auf den Prozessgang sehr störend wirken, allein gegenüber dem Vorteil, den die unbeschränkte Abhörung der Zeugen für die Erforschung der Wahrheit bietet, und gegenüber dem unbestreitbaren Rechte des Probanten, die Richtigkeit seiner Behauptungen mit den möglichst erschöpfenden Mitteln darzutun, kann diese technische, mehr äusserliche Komplikation, welche die vollständige Freiheit in der Produktion der Zeugen mit sich bringt, kaum in Betracht kommen. Darum müssen mit der Zeit auch die letzten Schranken, welche als Überreste der verknöcherten gemeinrechtlichen Jurisprudenz und der früheren, auf diesem Standpunkte fussenden Gesetzgebung heute noch geblieben sind, endlich beseitigt werden.

Wie weit aber die schweizerische Civilprozessgesetzgebung von diesem Ziele grossenteils noch entfernt ist, zeigen die folgenden Einzelheiten über die manigfaltigen gesetzlichen Unzulässigkeits-, Verwerflichkeits- und Verdächtigkeitskategorien, welche in bunter Wechselförmigkeit in den einzelnen Kantonen aufgestellt werden. Immerhin muss hervorgehoben werden, dass verschiedene Prozessgesetze einzig die Kategorie der Verwandten noch beibehalten haben, im übrigen aber einer durchaus fortgeschrittenen Etappe angehören; die Namen der letztern sind bereits genannt worden.

1. Was nun in erster Linie die **Verwandtschaft** anbetrifft, unter welcher der Kürze halber stets auch die Schwägerschaft, sowie das Verhältnis der Ehegatten unter einander verstanden werden soll, so gilt dieselbe

a) als Unzulässigkeitsgrund in folgenden Kantonen: *Zürich* (§ 366), *Bern* (§ 217), *Uri* (§ 53), *Glarus* (§ 178), *Freiburg* (Code civil Art. 2212), *Solothurn* (§ 246), *Baselstadt* (§ 115), *Baselland* (§ 141), *Appenzell I.-Rh.* (B. V. § 141), *Tessin* (Art. 216), *Wallis* (Art. 223) und *Genf* (Art. 168). Hiebei ist jedoch hervorzuheben, dass in *Zürich* und in *Baselstadt* die Verwandten ausnahmsweise zum Zeugnis zugelassen werden können; dann nämlich, wenn es der Richter zu seiner Aufklärung für unumgänglich nötig erachtet. In *Bern* können sie nur bei Streitigkeiten über Personenstand, Ehesachen und Vermögensangelegenheiten in Familiensachen einvernommen werden.[214]) Was die Nähe der Verwandtschaft betrifft, so variiren die Gesetze von der ausschliesslich direkten Linie bis zum vierten Grad der Seitenlinie. *Solothurn, Baselland* und *Wallis* repräsentiren das erste, der Kanton *Tessin* das zweite Extrem. Auf die Verwandten des ersten Grades der Seitenlinie beschränken die Ausschliessung derselben die Kantone *Zürich, Uri* und *Baselstadt;* die übrigen, *Bern, Freiburg, Appenzell I.-Rh.* und *Genf,* stellen den zweiten Grad der Seitenlinie als Grenze auf. Überall werden neben den Verwandten die Ehegatten und meistens auch die Verschwägerten genannt, letztere sind dabei bisweilen auf nähere Grade beschränkt als die Verwandtschaft, gar nicht erscheinen sie in der Kategorie der unzulässigen Zeugen in *Solothurn, Baselland* und *Wallis.*

Ein prinzipieller Unterschied in der Behandlung der Verwandten als unzulässige Zeugen zeigt sich nur darin, dass die einen Kantone (*Bern, Glarus, Freiburg, Baselstadt, Baselland,*

---

[214]) Auch in andern Kantonen sind die Verwandten im Ehescheidungs-, Vaterschafts- und Bevogtigungsprozess zulässig. Da wir stets nur das ordentliche Prozessverfahren behandelt haben, so brauchen jene Kantone hier nicht näher bezeichnet zu werden.

Tessin, Wallis und *Genf)* die Unzulässigkeit aussprechen, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob das verwandtschaftliche Band mit dem Probanten oder mit dem Probaten bestehe, während die übrigen Kantone *(Zürich, Uri* und *Appenzell I.-Rh.)* nur die Verwandtschaft des Zeugen mit dem Beweisführer berücksichtigen. Ganz allein steht *Solothurn,* das Verwandtschaft mit dem Beweisgegner verlangt. Logisch richtig ist nur das System der zuerst genannten Gruppe, denn das Motiv, welches der Ausschliessung der Verwandten zu Grunde liegt, bezieht sich auf die Verwandtschaft mit einer der Parteien überhaupt, gleichgültig welcher: der Zeuge, der mit dem Probaten verwandt ist, kann prinzipiell ebenso leicht in die Versuchung kommen, die Wahrheit zu Gunsten des letztern zu verschweigen oder zu verrücken, wie er versucht sein kann, dies zu Gunsten des Probanten, wenn er mit diesem verwandt ist, zu tun. Die Annahme eines auf Seiten des Probanten liegenden Verzichtes auf die Geltendmachung der Einwendung gegen die Glaubwürdigkeit in dem Falle der Verwandtschaft mit dem Probaten, welche *Bayer*[215]) für das gemeine Recht aufstellt, geht von der durchaus zu verwerfenden Ansicht aus, dass die Würdigung der Glaubwürdigkeit des Zeugen durch Parteidisposition der richterlichen Kognition entzogen werden könne, einer Ansicht, welcher, wie oben schon ausgeführt wurde, die ganze (französischrechtliche) Kategorie der verwerflichen Zeugen zu verdanken ist. Nach der richtigen Anschauung hat der Richter von sich aus alle Verhältnisse zu prüfen, welche geeignet sein können, die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu mindern, eben weil die Beurteilung der Zeugenaussagen in den Bereich seines officium gehört.

b) Die Verwandtschaft gilt als Verwerflichkeitsgrund in der *bundesgerichtlichen* C. P. O. (Art. 132), sowie in den Kantonen *Luzern* (§ 136); *Schwyz* (§ 207, Entwurf

[215]) *Bayer*, Vorträge, § 246 ad II, 2. A.

§ 178), *Obwalden* (Art. 74), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 4), *Zug* (§ 79), *Schaffhausen* (§ 233), *Appenzell A.-Rh.* (§ 78), *St. Gallen* (Art. 156), *Graubünden* (Art. 180), *Aargau* (§ 173), *Thurgau* (§ 193) und *Neuenburg* (Art. 221 Abs. 2) und zwar meist in viel weiterem Umfange als in denjenigen Prozessgesetzen, wo sie als Unzulässigkeitsgrund aufgeführt wird; nur in *Zug* wird blos bis zum ersten Grade der Seitenlinie gerechnet, sonst wird der zweite, dritte und vierte, ja in *Appenzell A.-Rh.* sogar der fünfte Grad als Verwerflichkeitsgrund aufgestellt. Interessant ist, dass die Kantone *Solothurn* (§ 248 Ziff. 3), *Baselland* (§ 142 Ziff. 2) und *Wallis* (Art. 225), welche die Verwandten direkter Linie für unzulässig erklären, die Grade der Seitenlinie als Verwerflichkeitsgrund behandeln. Überall wird — *Neuenburg* ausgeschlossen — nur die Verwandtschaft mit dem Beweisführer verstanden; in *Neuenburg* dagegen gilt die Verwandtschaft mit irgend einer der Parteien als Verwerflichkeitsgrund. Fünfzehn Kantone sind es also, welche selbst bis zu den entferntesten Graden die Verwandtschaft ohne jede Rücksichtnahme auf die Individualität des konkreten Falles so sehr als die Glaubwürdigkeit des Zeugen mindernd betrachten, dass auf das blosse (unmotivirte) Begehren des Probaten das Zeugnis solcher Personen vom Richter nicht nur etwa als minderwertig behandelt werden darf, sondern geradezu von vornherein zurückgewiesen werden muss. Wie weit stehen diese Kantone noch von der vollendeten Durchführung des heute allgemein für einzig rationell angesehenen Prinzipes der freien richterlichen Würdigung ab! Ich kann mir nicht denken, dass dieser Formalismus in Fleisch und Blut der Bevölkerung festsitze. In *Solothurn* und *Baselland* wird übrigens auch da eine Ausnahme von dieser starren Beweisregel zugelassen, wenn es sich um Prozesse über Familiensachen oder Erbteilungen handelt, immerhin auch das nur unter der Voraussetzung, dass die betreffenden Zeugen keinen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil aus dem Prozesse zu erwarten haben. Endlich ist auch noch die dem gemeinen Prozesse entstammende

Regel zu erwähnen, nach welcher die Verwerflichkeit dann nicht geltend gemacht werden kann, wenn der Zeuge mit beiden Parteien gleich nahe verwandt ist. Diese höchst problematische Bestimmung findet sich in den Prozessordnungen der Kantone *Luzern*, *Obwalden*, *Nidwalden* und *Zug* vor; sie setzt voraus, dass bei gleich naher Verwandtschaft der Zeuge eo ipso auch die gleiche Zu- oder Abneigung gegen beide Parteien besitze.

c) Verdächtig macht die Verwandtschaft nur im Kanton *Zug* (§ 80) in den Graden, die nicht schon die Verwerflichkeit begründen, doch auch da nur bis zum zweiten Grade der Seitenlinie. Gleich nahe Verwandtschaft bildet da wiederum eine Ausnahme.

Dieses Schwanken, das sich in der Behandlung der Verwandten bekundet, entspricht der Unsicherheit, welche im gemeinen Prozesse darüber geherrscht hat. Nach *Bayer*[216]) und nach *Wetzell*[217]) wurde die Verwandtschaft als Verdächtigkeitsgrund behandelt, bei andern Schriftstellern[218]) galten Ascendenten und Descendenten für unzulässige, die übrigen Verwandten für verdächtige Zeugen. Bemerkenswert ist, dass *Bayer* und *Wetzell* erklären, dass auf die Nähe des Grades nichts ankomme. *Wetzell* stellt hiebei sogar ausdrücklich auf das vernünftige Ermessen des Richters ab, indem er sagt, dass in den entfernteren Graden auf den verwandtschaftlichen Verkehr zu sehen sei. Es scheint aber, dass diese Ansicht seinerzeit keinen günstigen Boden in der Gesetzgebung fand; vielmehr blieb die letztere diesmal hinter der freiern wissenschaftlichen Theorie zurück. Offenbar hat sie sich dabei an das französische Recht angelehnt; hier sind nämlich (C. de pr. c. Art. 268) die Verwandten direkter Linie und die Ehe-

216) *Bayer*, Vorträge, § 246 ad II, 2.
217) *Wetzell*, System, § 23, p. 212.
218) Vgl. *Endemann*, Beweislehre, § 51.

gatten unzulässige und in den entfernteren Graden (bis zum zweiten der Seitenlinie) verwerfliche Zeugen (Art. 283). Nur als verwerfliche Zeugen hatte sie aufgestellt die ältere *badische* C. P. O. von 1831 (§ 508 Ziff. 1 u. 2) und sodann auch die Civilprozessordnung von *Hannover* (§ 253 Ziff. 1: hier aber nur bis zu den Geschwistern und überdies mit den Ausnahmen der gleich nahen Verwandtschaft mit beiden Parteien und der Familiensachen).

2. Gleich wie die Verwandtschaft, so sah man auch die **Freundschaft** und als Korrelat hiezu die **Feindschaft** als Minderungsgrund mit Bezug auf die Glaubwürdigkeit an. Im gemeinen Rechte und in den ältern deutschen Partikularrechten legte man jedoch der Freundschaft und der Feindschaft nie so grosse Bedeutung bei, dass man aus denselben einen Unzulässigkeitsgrund hergeleitet hätte, vielmehr galten sie lediglich als Verdächtigkeitsgrund.[218a]) So erklären denn auch die schweizerischen Gesetze Diejenigen, welche mit dem Beweisgegner in offenbarer Freundschaft oder Feindschaft leben, bald als verdächtige, bald als verwerfliche, nie aber als unzulässige Zeugen.

a) Als Verwerflichkeitsgrund gilt in *St. Gallen* (Art. 156 litt. f) enge Freundschaft oder die Feindschaft mit einer in den Prozess verwickelten Person; in *Appenzell A.-Rh.* (§ 78) gilt als solcher ein engeres Verhältnis mit der Beweispartei, worunter die Feindschaft selbstverständlich nicht verstanden werden kann. Die Kantone *Glarus* (§ 180 litt. a), *Solothurn* (§ 248), *Schaffhausen* (§ 233), *Graubünden* (Art. 180) und *Wallis* (Art. 255 Ziff. 10) erwähnen nur die Feind-

---

218a) Wie dies unter Umständen ausgebeutet werden kann, zeigt jene famose cautela Caepollae, welche ausführt, man könne einen unbequemen Zeugen dadurch unschädlich machen, dass man ihm eine Ohrfeige gebe und dann sage, seine Deposition sei wegen Feindschaft verdächtig. Vgl. *Stintzing*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Leipzig 1880, I. Abt., p. 234.

schaft mit dem Beweisgegner, ebenso die Kantone *Uri* (§ 54 litt. b) und *Schwyz* (§ 207 Ziff. 7), welch' letztere jedoch den Zeugen abhören lassen und nur dann für verwerflich erklären, wenn sich das Bestehen einer Feindschaft zwischen ihm und dem Beweisgegner aus dessen eigenen Aussagen ergibt. Neben der Kategorie der offenbaren Feindschaft stellen *Schwyz*, *Glarus*, *Solothurn*, *St. Gallen* und *Graubünden* auch den Fall auf, in welchem der Zeuge mit dem Beweisgegner in einem pendenten Prozesse verwickelt ist, und *Solothurn* fügt hinzu, dass offenbare Feindschaft auch dann als vorhanden anzunehmen sei, wenn der Zeuge gegen den Beweisgegner oder der Beweisgegner gegen ihn kriminell Anzeige gemacht hat, sofern darüber noch nicht geurteilt und seit der Ausstehung einer allfälligen Strafe noch nicht ein Jahr verflossen ist.

b) Verdächtig macht Freundschaft mit dem Beweisführer oder Feindschaft mit dem Beweisgegner in *Luzern* (§ 137 Ziff. 1 u. 2)[219], *Schwyz* Entwurf (§ 179) und *Tessin* (Art. 217 Ziff. 7); im letztern Kantone wird nur die schwere Feindschaft (grave inimicizia) genannt.

In *Obwalden* (Art. 75 Ziff. 5) und *Zug* (§ 80 Ziff. 3) gilt die Befangenheit oder Parteilichkeit des Zeugen, die er in seinen Aussagen gegenüber einer der beiden Parteien an den Tag legt, als Kriterium für die Verdächtigkeit. Insofern Befangenheit und Parteilichkeit Ausflüsse der besondern Zu- oder Abneigung gegen eine Person sind, können diese Verdächtigkeitsgründe zu der gegenwärtigen Gruppe gerechnet werden. Verallgemeinert ist das Freundschaftsmotiv übrigens auch in *Luzern*, wo Diejenigen für verdächtig erklärt werden, welche in einem solchen persönlichen Verhältnisse zu dem Beweisführer stehen, dass eine vorherrschende besondere Zuneigung zu dem Beweisführer anzunehmen ist.

---

[219]) Wörtlich übereinstimmend mit der *badischen* C. P. O. von 1831 (§ 509, Ziff. 1 u. 2).

Über die Voraussetzungen, wann Freundschaft oder Feindschaft im Sinne des Prozessgesetzes als vorhanden anzusehen sei, fehlen alle Vorschriften; man wollte doch wenigstens hierüber das freie richterliche Ermessen walten lassen, im Gegensatz zum gemeinen Prozess, der in Anlehnung an die in l. 223 § 1 D. de V. S. gegebene Definition der Freundschaft „die subtilsten Unterscheidungen“ aufstellte, wie *Endemann*[220]) ausführt.

B. Abhängigkeitsverhältnis zwischen Partei und Zeugen. (Dienstverhältnis, Vögte, Anwälte etc.)

1. Ähnlich wie beim Vorhandensein einer auf Verwandtschaft, Freundschaft oder Feindschaft beruhenden Zu- oder Abneigung des Zeugen zu einer Partei besteht auch da, wo ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Partei und Zeugen existirt, erfahrungsgemäss die Gefahr, dass die Aussagen des Zeugen leicht von der Wahrheit abweichen, so dass sich die Glaubwürdigkeit des Zeugen unter Umständen bis auf Null reduziren kann. Anstatt nun die Berücksichtigung dieser Gefahr dem konkreten Ermessen des Richters zu überlassen, hat die italienisch-kanonistische Jurisprudenz des Mittelalters in Verallgemeinerung einiger meist auf den Strafprozess sich beziehender Regeln des römischen Rechtes[221]) wiederum ganz bestimmte Kategorien von Zeugen aufgestellt, deren Aussagen von vornherein und ohne Rücksicht auf die Individualität der einzelnen Fälle als verdächtig erklärt wurden. Praxis und Gesetzgebung haben sich dieser Theorie, wie allen Beweisregeln überhaupt, angeschlossen. Ein gewisser Fortschritt, welchen die Gesetzgebung unseres Jahrhunderts gegenüber der ältern Prozesstheorie gemacht hat, bekundet sich immerhin darin, dass nicht mehr ganz bestimmte Personenklassen unter

---

[220]) *Endemann*, Beweislehre, § 51 z. Note 35.
[221]) Vgl. l. 24, D. de test. 22,5; l. 25 cod.

den verwerflichen oder verdächtigen Zeugen genannt werden, sondern als Kriterium allgemein das Abhängigkeitsverhältnis aufgestellt wird; damit hat man dem Ermessen des Richters einen einigermassen weitern Spielraum eingeräumt. Aber auch da befinden sich die meisten Gesetze immer noch in dem Irrtume, dass durch Parteidisposition die Glaubwürdigkeit des Zeugen im einzelnen Falle unbedingt hergestellt werden, und demnach nur die Abhängigkeit gegenüber dem Beweisführer in Betracht kommen könne, weil dieser dadurch, dass er eine Person, die vom Beweisgegner abhängig ist, als Zeugen vorschlage, auf die Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit Verzicht leiste. Es muss aber immer und immer wieder betont werden, dass die Prüfung der Glaubwürdigkeit ein Bestandteil der Urteilsfunktion ist und deshalb durchaus und ausschliesslich zur Aufgabe des Richters gehört, der die konkreten Umstände stets gewissenhaft nach seinem persönlichen Ermessen zu beurteilen hat.

a) Von den hier in Betracht kommenden Kantonen ist es einzig *Graubünden,* welches (Art. 180) ähnlich wie die *hannöver*'sche C. P. O. (§ 254 Ziff. 4) in richtiger Weise die Abhängigkeit von irgend einer der beiden Parteien, nicht einseitig diejenige vom Beweisführer, als Kriterium für die Verwerflichkeit[222]) aufstellt, indem es Diejenigen als verwerfliche Zeugen bezeichnet, welche zur Zeit bei einer Partei in Kost und Lohn oder sonst in einem dauernden Abhängigkeits- oder Pflichtverhältnis zu ihr stehen, wie Dienstboten, Gesellen, Lehrlinge, besoldete Angestellte. Die andern Kantone, nämlich *Solothurn* (§ 248 Ziff. 6), *Appenzell A.-Rh.* (§ 78) und *St. Gallen* (Art. 156 litt. g), stellen nur das Abhängigkeitsverhältnis gegenüber dem Beweisführer als Verwerflichkeitsgrund auf, wobei aber hervorzuheben ist, dass erstens *Appenzell A.-Rh.* die Verwerflichkeit in das Ermessen

[222]) In *Hannover* war die Abhängigkeit Verdächtigkeitsgrund, wie im gemeinen Prozesse.

des Richters stellt, und dass zweitens *St. Gallen* bemerkenswerterweise neben der Abhängigkeit des Zeugen auch diejenige des Beweisführers vom Zeugen als Verwerflichkeitsgrund bezeichnet. Die Gründe, welche für die Verminderung der Glaubwürdigkeit sprechen, gelten gewiss für beide Fälle in gleicher Weise.

In beschränkterer Form legiferiren die Kantone *Schaffhausen* (§ 233 Ziff. 7), *Aargau* (§ 173 litt. d) und *Wallis* (Art. 225 Ziff. 8), indem sie nur die Dienstboten des Beweisführers für verwerflich erklären (in *Aargau* „Diejenigen, welche des Beweisführers Kost und Lohn geniessen"). In *Uri* (§ 54 litt. c) werden unter den verwerflichen Zeugen gar nur Diejenigen genannt, welche vom Beweisführer auf eine andere Art, als nur durch ein auflösliches Dienstverhältnis abhängig sind. — Während im allgemeinen die Abhängigkeit nur dann als Verwerflichkeitsgrund gilt, wenn sie zur Zeit des Prozesses besteht, bestimmen *St. Gallen* und *Wallis*, dass sie auch dann zu berücksichtigen sei, wenn das betreffende Verhältnis nicht seit mehr als drei Monaten aufgelöst worden ist; ja *Solothurn* lässt sie sogar ein halbes Jahr lang (von dem Moment der Urteilsfällung an zurückgerechnet) nachwirken.

In ganz eigentümlicher Weise beschränkt *Schwyz* (§ 207 Ziff. 10) die Abhängigkeit (abgesehen von dem unten zu behandelnden Falle der Vormundschaft) auf den Fall, wo der Zeuge vom Beweisführer eine nicht auf rechtlicher Verbindlichkeit beruhende Unterstützung geniesst, oder wo dessen Fortkommen sonst von dem guten Willen des Beweisführers abhängt. Mit derartigen Leuten werden die Gerichte kaum häufig in Berührung kommen! Verwandt hiemit ist die Bestimmung der *walliser* C. P. O. (Art. 225 Ziff. 9), nach welcher der Schenknehmer verwerflich ist, wenn er vom Schenkgeber produzirt werden will. An und für sich ist gegen beide Bestimmungen nichts einzuwenden, denn das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Schenknehmer und Schenkgeber ist gewiss in demselben Grade, ja vielleicht in noch höherem

Grade geeignet, auf die Glaubwürdigkeit des Schenknehmers mindernd einzuwirken, als dies in den andern gesetzlichen Fällen der Abhängigkeit der Fall ist.

b) Als Verdächtigkeitsgrund wirkt die Abhängigkeit wie im gemeinen Prozesse in den Kantonen *Luzern* (§ 137 Ziff. 1), *Schwyz* Entwurf (§ 179 Ziff. 1), *Obwalden* (Art. 75 Ziff. 1), *Zug* (§ 80 Ziff. 2), und *Tessin* (Art. 217 Ziff. 1; hier werden nur die Dienstboten und die Ladenangestellten genannt). In *Obwalden* (Art. 75 Ziff. 4) werden überdies die nämlichen Personen wegen Abhängigkeit als verdächtig bezeichnet, die in *Schwyz* deswegen verwerflich sind.

2. Als Abhängigkeitsverhältnis wird vielfach und nicht ohne Grund das Verhältnis zwischen Vormund und Bevormundetem, zwischen Anwalt und Klient betrachtet. So werden die Vormünder und die Anwälte in Sachen ihrer Schutzbefohlenen, die letztern nur mit Bezug auf diejenigen Geschäfte, in welchen sie selbst tätig waren, unter die verwerflichen Zeugen gestellt in *Luzern* (§ 136 Ziff. 4), *Schwyz* (§ 207 Ziff. 5, Entwurf § 178 Ziff. 4), *Obwalden* (Art. 74 Ziff. 5), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 4 Ziff. 7), *Zug* (§ 79 Ziff. 5), *Solothurn* (§ 248), *Schaffhausen* (§ 233 Ziff. 6), *St. Gallen* (Art. 156 litt. d u. e), *Graubünden* (Art. 180) und *Thurgau* (§ 193 Ziff. 4). In *Aargau* (Art. 173 litt. g), *Wallis* (Art. 225 Ziff. 5) und *Neuenburg* (Art. 221 Abs. 1) werden nur die Anwälte genannt. Ganz einseitiger Weise wird überall (mit Ausnahme von *Schwyz*) nur der Vormund verwerflich genannt, wenn er vom Vögtling produzirt wird, während doch die gleichen Gründe auch für die verminderte Glaubwürdigkeit des Vögtlings als Zeugen gegenüber dem Vormunde sprechen.

3. Endlich ist in diesem Zusammenhange noch die Kategorie der bestochenen Zeugen, sowie diejenige solcher

Zeugen, die dem Beweisführer die Sache, über welche sie Zeugnis ablegen sollen, zu Ohren getragen haben, zu behandeln. Beides sind Fälle von Abhängigkeit, denn der Zeuge, welcher für die Ablegung des Zeugnisses eine Belohnung empfangen oder sich hat versprechen lassen, ist so wenig frei gegenüber der bestechenden Partei, wie derjenige, der sich als einzigen Urheber der Kenntnis des Beweisführers von der durch seine Aussage zu erhärtenden Tatsache fühlt, es gegenüber dem Probanten ist.

Die bestochenen Zeugen sind unzulässig[223]) nur in *Uri* (§ 53 litt. c: solche, die Miet oder Gaben oder Versprechen angenommen) und in *Tessin* (Art. 215 Ziff. 8); in allen übrigen Kantonen, welche dieselben erwähnen, sind sie verwerflich, so in *Luzern* (§ 136 Ziff. 3), *Schwyz* (§ 207 Ziff. 6: „jene, welche Miet oder Gaben, Essen oder Trinken oder ein darauf bezügliches Versprechen angenommen"; Entwurf § 178 Ziff. 5), *Obwalden* (Art. 74 Ziff. 3), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 4 Ziff. 5), *Glarus* (§ 179 litt. b wie *Schwyz*), *Zug* (§ 79 Ziff. 3), *Schaffhausen* (§ 233 Ziff. 5), *St. Gallen* (Art. 156 litt. h), *Aargau* (§ 173 litt. f.), *Thurgau* (§ 193 Ziff. 3) und *Wallis* (Art. 225 Ziff. 7).

Als verdächtig werden Leute bezeichnet, welche die Sache, über die Zeugnis abgelegt werden soll, dem Beweisführer dergestalt zu Ohren getragen haben, dass bis zu ihrer Äusserung jener anderswoher keine Kenntnis hatte, in den Kantonen *Luzern* (§ 137 Ziff. 7), *Obwalden* (Art. 75 Ziff. 7), *Nidwalden* XIV, Abs. VI, 5 § 5 Ziff. 4), *Zug* (§ 80 Ziff. 7). Im zuletztgenannten Kantone ist die Annahme der Verdächtigkeit in das Ermessen des Richters gestellt, und in *Nidwalden* können solche Zeugen beeidigt werden oder nicht, je nach Gutdünken des Richters.

---

223) Es sind dies die einzigen zwei Fälle, in denen die Abhängigkeit geradezu Unzulässigkeit der Zeugen bewirkt.

C. Eigenes Interesse des Zeugen.

Wie bereits ausgeführt worden, liegt es im Begriffe des Zeugen als eines Beweismittels, dass die Parteien ebenso wenig wie die Intervenienten, welche neben oder an Stelle der Hauptparteien im Prozesse auftreten, Zeugen sein können; es ist auch angeführt worden, dass *Wetzell* für den gemeinen Prozess sogar jede Person, die ein Interesse am Ausgange des Prozesses hat, für zeugnisunfähig erklärt. Die gemeinrechtliche Theorie weist jedoch im ganzen ein unsicheres Schwanken auf, indem das Interesse am Ausgange des Prozesses bald in der Tat als Unzulässigkeits-, bald aber auch nur als Verdächtigkeitsgrund angesehen wurde,[224]) wobei man hie und da noch unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem Interesse. Gegenstand von mancherlei feinen Unterscheidungen bildete namentlich das Zeugnis von Korporationsmitgliedern in dem Prozesse der betreffenden Korporation, wo man eine verschiedene Behandlung eintreten lassen wollte, je nachdem das Mitglied nur als solches ein Interesse am Ausgange haben konnte, oder aber einen persönlichen Vor- oder Nachteil zu erwarten hatte.[225]) So machte z. B. schon in der *badischen* Civilprozessordnung von 1831 (§ 253 Ziff. 4 und § 509 Ziff. 3) das unmittelbare Interesse den Zeugen verwerflich, das mittelbare aber nur verdächtig, und diese Regulirung adoptirte später auch die *hannöver*'sche Prozessordnung (§ 253 Ziff. 3 und § 254 Ziff. 3), während der *französische* Code de procédure civile nur die Kategorien der präsumptiven Erben und der Schenkgeber unter den verwerflichen Zeugen hervorhob und die *österreichische* allgemeine Gerichtsordnung sowol das unmittelbare als auch das mittelbare Interesse als Verwerflichkeitsgrund aufstellte.

---

[224]) Das letztere namentlich bei *Bayer*, Vorträge, § 246 ad II, 1.
[225]) Vgl. *Bayer*, Vorträge, a. a. O.

In der *schweizerischen* Prozessgesetzgebung finden sich nun alle diese verschiedenen Behandlungsweisen vertreten.

a) Unzulässig werden aber nur in *Tessin* (Art. 215 Ziff. 7) Diejenigen genannt, für welche aus dem Prozesse ein mittelbarer oder unmittelbarer Vorteil oder Nachteil entstehen kann, und in *Uri* (§ 53 litt. d) Diejenigen, welche ein unmittelbares Interesse am Ausgange des Streites haben.

b) Dagegen findet sich das Interesse als Verwerflichkeitsgrund in allen Kantonen vor, welche die Kategorie der verwerflichen Zeugen überhaupt aufstellen. Merkwürdigerweise figurirt unter diesen Kantonen auch *Uri*, das neben der allgemein ausgesprochenen Unzulässigkeit wegen Interesses unter den verwerflichen Zeugen (§ 54 litt. d) die Mitglieder einer Genossenschaft in Prozessen der letztern, sofern sie am Ausgange des Prozesses unmittelbaren erheblichen Vor- oder Nachteil zu erwarten haben, aufführt. Prinzipiell lässt sich eine derartige Verschiedenheit in der Behandlung des Interesses nicht rechtfertigen, denn das Interesse übt gewiss beim Genossenschaftsmitgliede, das einen unmittelbaren, d. h. persönlichen Vor- oder Nachteil zu erwarten hat, denselben Einfluss auf die Glaubwürdigkeit aus, wie das unmittelbare Interesse des präsumptiven Erben, des Bürgen, des Cedenten oder irgend eines andern Interessirten. In den Kantonen *Luzern* (§ 136 Ziff. 2 und § 137 Ziff. 3), *Obwalden* (Art. 74 Ziff. 2 und Art. 75 Ziff. 6), *Nidwalden* (XIV, Abs. VI, 5 § 4 Ziff. 4 und § 5 Ziff. 1), *Zug* (§ 79 Ziff. 2 und § 80 Ziff. 4) und im *schwyzer* Entwurf (§ 178 Ziff. 2 und § 179 Ziff. 2) wird zwischen unmittelbarem und mittelbarem Interesse in gleicher Weise unterschieden wie in den oben erwähnten Prozessordnungen von *Baden* und *Hannover*, indem das erstere als Verwerflichkeits-, das letztere aber nur als Verdächtigkeitsgrund aufgestellt wird. Nur das unmittelbare Interesse wird erwähnt, und zwar als Verwerflichkeitsgrund, in den Kantonen *Schaffhausen* (§ 233),

Aargau (§ 173 litt. e) und *Thurgau* (§ 193 Ziff. 2); *Solothurn* (§ 248) stellt neben den unmittelbar Interessirten noch die präsumptiven Erben des Beweisführers unter den verwerflichen Zeugen auf, betrachtet also damit die letztern als mittelbar Beteiligte, die es im übrigen als vollgültig behandelt.

Ohne den Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Interesse aufzustellen, bezeichnen die Kantone *St. Gallen* (Art. 156) und *Wallis* (Art. 225 Ziff. 4) Diejenigen, welche einen Vor- oder Nachteil zu erwarten haben, als verwerfliche Zeugen; in *St. Gallen* genügt zur Verwerflichkeit schon das Interesse für einen Verwandten oder Verschwägerten des Zeugen (bis zum vierten Grad), was gewiss allzu weit geht. In *Wallis* werden unter den verwerflichen Zeugen überdies die Präsumptiverben und sogar die Ascendenten oder Descendenten der letztern genannt, ebenso auch Diejenigen, deren Präsumptiverben eine der Parteien ist.

Die Korporationsmitglieder gelten als verwerfliche Zeugen in *Uri, Schwyz* (§ 208), *Schwyz* Entwurf (§ 180) und *Wallis* (Art. 225 Ziff. 6) dann, wenn sie ein unmittelbares Interesse in dem Prozesse der Korporation haben, in *Nidwalden* (XIV, 5 § 8) dann, wenn sie den Streit von Amtswegen oder aus anderm Auftrage betreiben; in *Solothurn* (§ 248) dagegen überhaupt. In *Tessin* sind sie verdächtig, wenn sie bloss mittelbar interessirt sind.

Altes einheimisches Recht bekundet sich in *Nidwalden* (eod. § 9) in der Bestimmung, dass beeidigte Waldbesichtiger, Bannwärter, Waldvögte, Bachvögte u. s. w. hinsichtlich ihrer Dienstverhältnisse als eidliche Zeugen dienen können, sofern sie nicht persönlich den Streit betreiben oder aus dessen Ausgang einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil (worunter aber gesetzlich bestimmte Klägerlöhne nicht verstanden seien) zu gewärtigen haben.

Ähnliche originelle Vorschriften finden wir auch noch in *Glarus,* wo folgende Spezialfälle hervorgehoben werden:

§ 182: Wenn eine Gemeinde, Tagwen[225a]) oder Genossame in Rechtsstreit kommt, so mag ein Tagwen-, Gemeinds- oder Genossamemann desselbigen Tagwens Kundschaft sagen, sofern er sich unparteiisch beträgt.

§ 183: Wenn zwischen liegendem Eigentum keine Marchen gestellt sind und darüber Streit entsteht, mögen, bei Abgang genügender schriftlicher Beweise, vorherige Besitzer oder Mitteilhaber, so an der Sache nichts mehr zu gewinnen oder zu verlieren haben und sich unparteiisch betragen, Kundschaft sagen, wie weit das Eigentum des einen oder andern gehe, wenn sie schon verwandt oder verschwägert wären.

§ 184: In Streitsachen um Geissweiden in Gütern, Bergen und Alpen mag ein Tagwenmann gleichfalls Kundschaft sagen, insofern er sich unparteiisch beträgt. Die Besitzer der Güter, Alpen und Berge aber, sowie die am Rechten stehenden Personen und Beistände mögen nicht Kundschaft sagen.

Am weitestgehenden sind die Bestimmungen der *graubündner* C. P. O. (Art. 180), nach welcher ausser den Korporationsmitgliedern im Prozesse der Korporation folgende Kategorien von Zeugen verwerflich sind:

1. Diejenigen, die je nach dem Ausgange des Prozesses mit einer Entschädigungs- oder Rückgriffsklage bedroht sind,

2. Diejenigen, welche in einem ähnlichen vor Gericht anhängigen Streitfall verwickelt sind, oder welche sonst in einem rechtlichen Verhältnis sich befinden, welches mit demjenigen, woraus der schwebende Prozess entstanden, gleichartig ist, und

3. Diejenigen nebst ihren Verwandten in auf- uud absteigender Linie, welche selber einen erheblichen und bestimmt nachweisbaren Vor- oder Nachteil aus dem

---

[225a]) „Tagwen" (der) ist die althergebrachte glarnerische Bezeichnung für die politische Gemeinde (bedeutet aber auch die Gemeindeversammlung).

Prozesse zu erwarten haben, wie z. B. Präsumptiverben, Gläubiger und Bürgen eines Schuldners, dessen Zahlungsfähigkeit auf dem Spiel steht, Pächter eines im Streit liegenden Grundstückes.

Die ganze Kategorie der interessirten Zeugen gehört ebenso sehr wie die übrigen in diesem Paragraphen behandelten Klassen unter das alte Eisen, denn sie verträgt sich mit dem modernen Prinzipe der freien richterlichen Beweiswürdigung durchaus nicht, wie sie denn auch von keiner einzigen der neuesten Prozessordnungen mehr aufgestellt wird. Dass der *schwyzer* Entwurf noch so zäh am alten Rechte festhält und zum Teil noch weiter zurückgeht als das bisherige geltende Recht (die Kategorie der verdächtigen Zeugen, welche der Entwurf aufgenommen hat, fehlt im geltenden Rechte), ist charakteristisch genug für die Stufe, welche derselbe in der Entwicklung der Civilprozessgesetzgebung einnimmt.

---

§ 27.

β) Die allgemeine Glaubwürdigkeit der Zeugen. (Der Zeugeneid.)

Die englischen Beweisrechtsschriftsteller [226]) führen in rechtsphilosophischer Weise aus, das Aussagen der Wahrheit und das Entfernthalten absichtlicher Unwahrheit in dem Verkehr der Menschen sei durch drei Garantien gesichert, die natürliche, moralische und religiöse Garantie. Die natürliche bestehe darin, dass der Wahrheitstrieb von Natur aus dem Menschen innewohne; das gegenseitige Vertrauen unter den Menschen sei für das Wol des Menschengeschlechtes, ja

[226]) Vgl. *Best*, Grundzüge des engl. Beweisrechts, §§ 10 ff.

für die Existenz der Gesellschaft so notwendig, dass Gott die Keime der Wahrheit tief in des Menschen Brust gepflanzt habe. Die moralische Garantie liege in der allgemeinen Anschauung der Menschen, nach welcher auf absichtliches Abweichen von der Wahrheit das Brandmal der Schmach gesetzt sei und die Infamie sich an das Wort Lügner knüpfe. Die religiöse Garantie endlich beruhe auf der religiösen Überzeugung des Menschen, dass die Wahrheit in den Augen Gottes wolgefällig, die Lüge aber verwerflich sei, dass die Lüge von Gott bestraft und die Wahrheit belohnt werde.

Das positive Recht hat sich nun nicht nur auf diese Garantien gestützt, sondern dieselben wesentlich verstärkt, indem es einmal die der moralischen Garantie zu Grunde liegende moralische Pflicht zur Aussage der Wahrheit in der Weise zur rechtlichen Pflicht machte, dass es die Ablegung falschen Zeugnisses als Verbrechen erklärte und mit Strafe bedrohte, und sodann die religiöse Garantie dadurch zu erhöhen suchte, dass es in jedem Falle den Zeugen einen Eid schwören liess, worin Gott zum Zeugen oder zum Bürgen der Wahrheit und zum Rächer der Unwahrheit[227]) angerufen wird. Im zweiten Falle soll der Zeuge in doppelter Hinsicht zur Aussage der Wahrheit stimulirt werden, indem ausser der in der Anrufung Gottes liegenden Belastung des Gewissens auch die vom weltlichen Richter zu befürchtende Strafe wegen Meineides auf ihn heilsam wirkend gedacht wird.[228]) Die Leistung des Eides macht nach dieser Anschauung den Zeugen — mag er auch als noch so rechtschaffen bekannt sein — erst voll glaubwürdig.

---

227) Die Imprekation der Strafe Gottes ist heutzutage nicht immer in der Eidesformel enthalten, bildet aber in der Geschichte des Eides geradezu den Ausgangspunkt. Vgl. *Lauterburg*, Dr. *W.*, Die Eidesdelikte, Bern 1886, p. 4.

228) Dass der Meineid nach der richtigen theoretischen Ansicht als Qualifikationsgrund bei strafbarer falscher Aussage zu behandeln und als ein Delikt gegen die Rechtspflege zu betrachten sei, hat *v. Liszt* in bahnbrechender Weise („Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlicher Behörde nach deutschem und österreichischem Recht", 1877) und nach

Die überwiegende Mehrheit der Prozessgesetzgebungen haben den Zeugeneid zum unerlässlichen Requisit der Glaubwürdigkeit des Zeugen und damit der Beweiskraft des Zeugnisses gemacht. Nach ältestem italienisch-kanonischem Rechte gehören dictum et iuramentum untrennbar zusammen zum Begriffe des Zeugnisses.[229]) Doch liess schon das kanonische und nach ihm das gemeine Recht einen Verzicht beider Parteien auf die Beeidigung des Zeugen zu.[230]) Das gemeine Recht, sowie das französische (Code de proc. civ. Art. 262), italienische (Cod. di proc. civ. Art. 242) und österreichische (A. G. O. § 161) haben alle den obligatorischen Zeugeneid und zwar verlangen sie, dass der Zeuge vor der Einvernahme beeidigt werde (promissorische Form). Dem haben sich die meisten deutschen Partikulargesetze [*Baden* 1831 (§ 476), *Hannover* (§ 265), *Bayern* 1869 (Art. 417)] und neuerdings auch der *deutsche Reichscivilprozess* (§ 356) angeschlossen. Überall hat der Zeuge zu schwören, dass er die Wahrheit sagen wolle, und darunter wird nicht nur verstanden, dass das, was er aussage, wahrheitsgemäss sein werde, sondern dass er auch nichts verschweigen werde von dem, was er über den gefragten Gegenstand weiss. Diese beiden Seiten der Wahrheitsaussage werden übrigens meist separat in die Eidesformel aufgenommen.

---

ihm unter Herbeiziehung des schweizerischen Rechtes *Lauterburg* (in der in voriger Note citirten Schrift) ausgeführt. Aus der *Lauterburg*'schen Schrift ergibt sich, dass die schweizerischen Strafgesetze bald in dem Meineide nur die Eidesverletzung als solche, d. h. ohne Rücksicht auf die bekräftigte falsche Aussage, bald neben dem selbständig als Eidesverletzung behandelten Meineide auch die unbeschworene falsche Aussage bestrafen und bald nur das falsche Zeugnis ohne Rücksicht auf dessen eidliche Bekräftigung unter Strafe stellen, bald aber auch wirklich den Meineid als Qualifikationsgrund bei falschem Zeugnis behandeln (so *Freiburg*, *Zug*, *Waadt*, *Luzern* und *Tessin*); a. a. O., p. 171 ff.

229) Vgl. *Endemann*, Beweislehre, p. 229.

230) C. 39, X. de test. 2, 20; vgl. *Wetzell*, System, § 23, Note 18. Die citirte Stelle verlangt nur den Verzicht des Beweisgegners (... nisi forte a parte remittatur adversa).

In der Schweiz haben wir nun blos vier Kantone, welche diese von der Gesetzgebung der Nachbarländer aufgestellte Regelung des Zeugeneides aufweisen; nur die Kantone *Uri* (§ 58), *Tessin* (Art. 232), *Wallis* (Art. 235) und *Genf* (Art. 194) kennen den obligatorischen Zeugeneid in promissorischer Form. Assertorisch, d. h. nach der Zeugeneinvernahme geschworen, kommt er als unerlässliches Requisit der Beweiskraft auch nur in zwei resp. drei Kantonen vor, nämlich in *Nidwalden* (XIV, Abs. 6, Art. 5 § 23) und in *Freiburg* (Art. 359); in *St. Gallen* (Art. 159) werden die Zeugen immer (assertorisch) vereidigt, wenn nicht alle Streitteile darauf ausdrücklich verzichten.

Einen andern Weg haben die *bundesgerichtliche* C. P. O. (Art. 133) und die Kantone *Schwyz* (§ 213, Entwurf § 197), *Glarus* (§ 202), *Solothurn* (§ 253), *Aargau* (§ 187) und *Neuenburg* (Art. 233) eingeschlagen, indem sie den Zeugen nur dann (assertorisch) vereidigen, wenn eine der Parteien, gleichgültig, sei es der Probant oder der Probat, die Vereidigung ausdrücklich verlangt.[231]) Darin liegt schon eine ganz bedeutende Einschränkung des Zeugeneides gegenüber der vorigen Gruppe; noch weiter aber gehen *Baselland* (§ 152) und *Schaffhausen* (§ 242), welche das Begehren einer Partei um Vereidigung von der Genehmigung des Richters, der darüber nach freiem Ermessen zu urteilen hat, abhängig machen, und in *Zug* (§ 86) wird der Eid vom Richter sogar nur dann gestattet, wenn der zu vereidigende Zeuge das einzige gesetzliche Beweismittel bildet. Unter der gleichen Voraussetzung nimmt der Richter in *Obwalden* (Art. 82) den Zeugeneid ab; hier jedoch kann er es auch ohne Parteiantrag tun.

---

[231]) In der Praxis scheint sich in den einzelnen Kantonen eine ziemlich grosse Verschiedenheit in der Verwendung der Vereidigungsbefugnis geltend zu machen. So berichtet mir Herr Dr. jur. *Hugo Dietschi* in *Olten*, dass im Kanton *Solothurn* nach den Aussagen alter Praktiker die Vereidigung fast gar nie verlangt werde, während z. B. im Kanton *Aargau* dies häufig der Fall ist, wie mir Herr Dr. jur. *H. Guggenheim*, Advokat in *Zürich* (früher Bezirksgerichtsschreiber in *Aarau*), mitteilt.

Wo aber der Richter die Vereidigung anordnet, da wird der Zeuge gesetzlich zur Ableistung des Eides gezwungen und die Eidespflicht in gleicher Weise, mit den nämlichen Zwangsmitteln, realisirt wie die Aussagepflicht (vide oben pag. 241); einzig *Tessin* macht insofern eine Ausnahme, als nach C. P. O. Art. 242 die Freiheitsentziehung sich nur auf die Verweigerung der Aussage bezieht. Nun darf nach dem in Art. 49 der eidgenössischen Bundesverfassung ausgesprochenen Prinzipe der Glaubens- und Gewissensfreiheit niemand zur Vornahme einer religiösen Handlung gezwungen, oder wegen Glaubensansichten mit Strafen irgendwelcher Art belegt werden. Dass aber die Leistung eines Eides, in welchem die Anrufung Gottes wesentlich ist[232]) (in den Kantonen *Unterwalden* und *Schwyz* findet vor dem Schwure überdies immer eine Belehrung über die religiöse Bedeutung des Eides statt und in *Zug, Baselland, Schaffhausen* und *Aargau* muss der Vereidigung sogar eine Eidesunterweisung durch den Geistlichen vorangehen), eine religiöse Handlung sei, wird mit Grund niemand bestreiten können.[233]) Deshalb geht es nach dem in der Bundesverfassung selbst (Übergangsbestimmungen Art. 2) sank-

---

[232]) Zwei Beispiele mögen genügen, den religiösen Charakter des Zeugeneides zu illustriren. In *St. Gallen* lautet die Eidesformel folgendermassen: „Ich schwöre, im Hinblick auf die Strafen, welche mich bei falscher Zeugnisablage treffen müssten, bei Gott dem Allwissenden, dass ich als Zeuge in dem obschwebenden Rechtsstreit nach bestem Wissen und Gewissen, niemandem zu lieb noch zu leid, ohne alle Rücksicht und ohne jeden Rückhalt, die lautere und ganze Wahrheit gesprochen und alles ebenso unverholen und vollständig geoffenbaret habe, wie es in meiner Kenntniss liegt. Das betheure ich getreulich und ohne Gefährde, so wahr ich bitte, dass mir Gott helfe (und seine Heiligen)." *Tessin* schreibt folgende Formel vor: „Jo N. N. giuro e prometto avanti Iddio, giudice infallibile della mia coscienza e vindice tremendo dello spergiuro, di dire la verità sopra tutto ciò che mi verrà proposto, senza simulazione nè ambiguità, senza parzialità nè malevolenza per chicchesia, e senza tacere alcuna circostanza. E ciò in pena della mia dannazione. E cosi Dio ed i suoi Santi mi aiutino."

[233]) Vgl. *A. v. Orelli*, Studien über den gerichtlichen Eid, Zürich 1858, p. 11 unten.

tionirten Prinzipe *Bundesrecht bricht kantonales Recht* nicht mehr an, dass die Kantone den Zeugen zur Ablegung eines Eidschwures zwingen. Die Kantone können sich nicht darauf berufen, dass die Prozessgesetzgebung ihrer Souveränität unterstehe, denn das genannte Prinzip gilt unbedingt und ohne Rücksicht auf die Art der Gesetzesnormen.[234]) So hat denn schon im Jahre 1875 (unterm 22. Januar) der Bundesrat im Rekurse Bühlmann von Ruswyl, Kts. Luzern,[235]) die Anwendbarkeit des Art. 49 der Bundesverfassung einfach von der religiösen Natur des Eides abhängig gemacht und die letztere in dem Falle als unzweifelhaft betrachtet, da die Eidesleistung vor dem Bilde des gekreuzigten Heilandes und zwei brennenden Kerzen stattfand und das Ende der Schlussformel lautete: „So wahr mir Gott helfe und alle Heiligen." (So ging der Eidschwur bis zum 30. Oktober 1875 in Luzern vor sich.) Ausschlaggebend für die religiöse Natur ist jedenfalls schon die Anrufung Gottes, und diese gehört begrifflich zum Eide, so dass eben jeder Eidschwur eine religiöse Handlung darstellt. Ähnlich wie der Bundesrat hat sich auch das Bundesgericht ausgesprochen in Erwägung 1 seines Urteils in Sachen Lenz (Thurgau) (d. d. 21. September 1878):[236]) „Infolge der Bestimmung des Art. 49 lemma 2 der Bundesverfassung, welcher besagt, dass Niemand zur Vornahme einer religiösen Handlung gezwungen werden dürfe, haben allerdings die Vorschriften der kantonalen Civilprozessgesetze, welche den Eid als Beweismittel[237]) aufstellen, ihre verbindliche Kraft insoweit verloren,

[234]) B.-V. Art. 4 der Übergangsbestimmungen: „Diejenigen Bestimmungen der eidgenössischen Gesetzgebung, der Konkordate der kantonalen Verfassung und Gesetze, welche mit der neuen Bundesverfassung im Widerspruch stehen, treten mit Annahme derselben, beziehungsweise der Erlassung der darin in Aussicht genommenen Bundesgesetze ausser Kraft."

[235]) Bundesblatt 1876, Bd. II, p. 277.

[236]) Amtl. Samml. der Entsch. Bd. IV, p. 378 f.

[237]) Staatsrechtlich macht es selbstredend keinen Unterschied, ob der Eid in seiner Eigenschaft als Beweismittel oder als Bekräftigung der Zeugenaussage erzwungen werden soll.

als Jedermann berechtigt ist, die Eidesleistung zu verweigern, sofern derselbe als eine religiöse Handlung sich darstellt." In Erwägung 2 wird dann ein nach der Formel „Ich schwöre bei Gott dem Allwissenden ..., so sehr ich bitte, dass mir Gott helfe" geleisteter Eid als ein Akt von zweifellos religiösem Charakter dargestellt.[238])

Ebenso wie der Zeugeneid ist natürlich auch der Eid der Sachverständigen als erzwingbares Obligatorium unzulässig.

Um diesen Widerspruch mit der Bundesverfassung zu heben, haben nun in der Tat verschiedene Kantone, welche den Eideszwang kannten, als Facultativum für Diejenigen, welche aus religiösen Gründen oder wegen Glaubensansichten den gesetzlich vorgeschriebenen Eid nicht leisten wollen, das **Handgelübde** mit gleicher prozessualer Bedeutung eingeführt. Dahin gehören folgende Kantone:

1. *Aargau,* durch Grossratsbeschluss vom 26. August 1875.
2. *Freiburg*, durch Dekret vom 27. November 1875.
3. *Uri*, durch Verordnung vom 29. Dezember 1875.
4. *Solothurn*, durch Kantonsratsbeschluss vom 31. Mai 1876.
5. *Wallis*, durch Gesetz vom 23. Mai 1879 (hier wird nicht das eigentliche Handgelübde aufgestellt, sondern die Erklärung „Je promets" oder „je déclare sur mon honneur et ma conscience": sogenannter bürgerlicher Eid).
6. *Zug,* durch Gesetz vom 1. Juni 1882.

Noch weiter gingen:

7. *Luzern,* durch Kreisschreiben des Obergerichtes vom 30. Oktober 1875 (auf erfolgte Ermächtigung des Grossen Rates hin), und
8. *Waadt*, durch Gesetz vom 6. Februar 1877,

indem diese den Eid überhaupt beseitigten und an dessen Stelle

---

[238]) Vgl. übrigens auch *Lauterburg*, Eidesdelikte, p. 179, welcher die gleiche Ansicht vertritt.

ausschliesslich eine jedes religiösen Inhaltes entbehrende Formel,[239]) den sogen. **bürgerlichen Eid**, gesetzt haben. Es ist klar, dass von Eid nicht mehr gesprochen werden kann, sobald die Anrufung Gottes wegfällt; besser wäre daher etwa die Bezeichnung Versicherung auf Ehre.

Von den seit Inkrafttreten der 1874er Bundesverfassung neu erlassenen Civilprozessgesetzen (1875 *Baselstadt*, 1879 *Neuenburg*, 1880 *Appenzell A.-Rh.*, 1883 *Bern*) schliesst sich

9. *Neuenburg* der ersten Gruppe an, indem die C. P. O. dieses Kantons (Art. 235) es in das Belieben des Zeugen stellt, auf die Worte des Präsidenten: „Vous jurez d'avoir répondu conformément à la vérité à toutes les questions qui vous ont été adressées comme témoin et de n'avoir rien caché" zu antworten: „Je le jure" oder „Je l'affirme"; das letztere ist die denkbar einfachste Form des sogenannten bürgerlichen Eides. Es ist mir aber zweifelhaft, ob darin für den Richter noch irgendwelche Garantie für die Glaubwürdigkeit des Zeugen liege. Jene Erklärung wird allerdings insofern etwas feierlicher, als der Zeuge dabei die rechte Hand in die Höhe zu halten hat; dass aber dieser Akt „assermentation" genannt wird, ist jedenfalls inkorrekt und bei dieser weiten Auffassung des Begriffes Eid wird es auch weniger verständlich, warum in Art. 234 für den Fall der Weigerung der

---

[239]) In *Luzern* lautet sie folgendermassen: „Ich N. N. erkläre bei Ehre und Bürgerpflicht, die an mich gestellten Fragen nach bestem Wissen und Gewissen der reinen Wahrheit gemäss beantwortet und mein Zeugnis ohne Rücksicht auf Vorteil oder Nachteil, weder zu Gunsten noch Ungunsten der einen oder andern Partei, so abgelegt zu haben, wie es mir vorgelesen worden ist. — Dies erkläre ich mit dem Bewusstsein der Folgen eines falschen Zeugnisses."

In *Waadt* spricht der Präsident dem Zeugen folgende Worte vor: „Vous déclarez avoir dit toute la vérité et rien que la vérité, et avoir répondu en toute sincérité aux questions qui vous ont été adressées"; dardarauf erhebt der Zeuge die Hand und spricht deutlich die Worte: „Je le déclare" aus.

Eidesleistung ausdrücklich die Straflosigkeit für den Zeugen hervorgehoben wird. Soll damit auch die Weigerung der einfachen Erklärung „je l'affirme" straflos gemacht werden?

10. *Bern* dagegen hat den religiösen Eid ganz beseitigt und an dessen Stelle eine Versicherung an Eidesstatt gesetzt (§§ 235 f.), die es unrichtigerweise als Eid bezeichnet. Nach § 255 ist die bei der Leistung dieses bürgerlichen Eides zu beobachtende Förmlichkeit folgende: die Erklärung des Schwörenden beginnt mit den Worten: „Ich versichere auf meine Ehre und mein Gewissen" und schliesst mit den Worten „ohne Gefährde!"[240])

11. Die *baselstädtische* C. P. O. vom 8. Februar 1875 schreibt für die Regel das Handgelübde an Eidesstatt vor (§ 123), überlässt es aber dem Gerichte, „in besondern Fällen" eine förmliche (d. h. religiöse) Beeidigung des Zeugen zu verlangen (§ 124), die mit den gewöhnlichen Mitteln erzwungen werden kann (§ 128 i. f.).

Aber auch schon in drei Prozessordnungen, die vor 1874 in Kraft getreten, finden wir das Handgelübde zur Bekräftigung des Zeugnisses, und zwar

12. in *Thurgau* (§ 198) ausschliesslich an Stelle des Eides,

13. in *Schaffhausen* (§ 245) fakultativ neben dem Eide für diejenigen Personen, „welche die Ausschwörung des Eides

---

[240]) Die Formel „ohne Gefährde", die ausserdem in den Kantonen *Baselstadt*, *St. Gallen*, *Aargau* und *Thurgau* in Gebrauch steht, wird heute kaum mehr von allen Schwörenden verstanden (um so feierlicher macht sie sich allerdings!). „gefärde" heisst im Mittelhochdeutschen Arglist, Tücke, Untreue und ähnliches; „ohne gefährde" bedeutet demnach so viel wie ohne Arglist, ohne Rückhalt, sine dolo. Daraus hat sich unser neuhochdeutsches „ungefähr" entwickelt, dessen Grundbedeutung ebenfalls „ohne Arg", „durch blossen Zufall" ist. Eine verbreitete Zusammenstellung war „getreulich und ohne Gefährde", wie es die *basler* Eidesformel (§ 124) und die *thurgauer* Formel für das Handgelübde (§ 198) heute noch vorschreiben. Vgl. hierüber Deutsches Wörterbuch von *Jakob* und *Wilhelm Grimm* s. v. Gefährde. Bekanntlich heisst der römische Calumnieneid deutschrechtlich „Gefährdeeid".

mit ihrer religiösen Überzeugung und mit ihrem Gewissen als nicht vereinbar erklären."

14. In *Graubünden* (Art. 185 f.) bildet, wie in *Baselstadt*, das Handgelübde die Regel, dagegen findet auf ausdrückliches Verlangen einer Partei die religiöse Beeidigung statt. Ob aber die Verweigerung des Eides unter den Begriff des Ungehorsams, der nach Art. 184 in Nichterscheinen oder Verweigerung der Kundschaft besteht, gerechnet, die Vereidigung also erzwungen werden kann, ist nach dem Wortlaute des Gesetzes zweifelhaft.

Von den drei Entwürfen will derjenige von *Schwyz* (§ 197) das Handgelübde als Facultativum neben dem Eid, derjenige von *Schaffhausen* (§ 307) das Handgelübde ausschliesslich an Stelle des Eides einführen und der *aargauer* Entwurf möchte den letztern gänzlich beseitigen, ohne ein anderes Bekräftigungsmittel an dessen Stelle zu setzen.

Endlich sind noch diejenigen Kantone zu erwähnen, welche den Zeugeneid überhaupt nicht kennen. Es sind dies

15. *Zürich*,
16. *Appenzell A.-Rh.* und
17. *Appenzell I.-Rh.*

So bleiben denn nur acht Kantone (und die *bundesgerichtliche* C. P. O.) übrig, welche die Beeidigung im Widerspruch zu dem verfassungsmässigen Prinzipe der Glaubens- und Gewissensfreiheit als erzwingbares Obligatorium aufstellen: *Schwyz*, beide *Unterwalden, Glarus, Baselland, St. Gallen, Tessin* und *Genf.*[241]) Hiezu kommen allerdings noch *Baselstadt* und *Graubünden*, insofern auch hier unter Umständen die Beeidigung verlangt werden kann.

---

[241]) Es ist möglich, dass in neuester Zeit auch der eine oder andere von diesen Kantonen das Handgelübde oder den bürgerlichen Eid neben oder an Stelle des Eides eingeführt haben. — *Lauterburg* erwähnt in seiner 1886 erschienenen Schrift (Eidesdelikte) ebenfalls keine andern als die oben angegebenen.

Was die unter No. 1—14 angeführten Kantone betrifft, so unterscheiden sie sich nicht nur dadurch von einander, dass die einen den bürgerlichen Eid, die andern das Handgelübde eingeführt und dass die einen den Eid daneben ganz beseitigt haben, die andern aber ihn fakultativ bestehen lassen; sondern eine Verschiedenheit zeigt sich auch darin, dass *Uri, Wallis, Baselstadt, Graubünden* und *Thurgau* das Bekräftigungsmittel vor der Einvernahme des Zeugen, in promissorischer Form anwenden, alle andern aber erst nach der Einvernahme, also assertorisch. Ferner wird in *Bern, Luzern, Schwyz* Entwurf, *Zug, Solothurn, Schaffhausen, Schaffhausen* Entwurf, *Aargau, Waadt* und *Neuenburg* auch das blos politische Garantiemittel des Handgelübdes oder der Versicherung auf Ehre nur auf Verlangen einer Partei (in *Waadt* aber auch dann, wenn es der Richter für nötig erachtet) in Anwendung bringen lassen, so dass also hier prinzipiell überhaupt keine Bekräftigung der Aussage stattfindet. Nur *Uri, Freiburg, Baselstadt, Graubünden, Thurgau* und *Wallis* halten es für nötig, jede Zeugenaussage bezüglich ihrer Beweiskraft von der Leistung des Handgelübdes oder der Versicherung auf Ehre abhängig zu machen. — Die Frage, ob das eine oder das andere System richtiger sei, muss ich Praktikern oder erfahrenen Theoretikern zur Entscheidung überlassen; denn offenbar handelt es sich hier einfach darum, zu wissen, ob einmal die promissorische Form der Bekräftigung den Zeugen erfahrungsgemäs glaubwürdiger mache als die assertorische, und ob sodann die Auflegung eines Handgelübdes oder eines bürgerlichen Eides überhaupt in dem gewünschten Sinne auf die Person des Zeugen zu wirken pflege oder nicht. Mir möchte es scheinen, dass allerdings eine feierliche Versicherung des Zeugen, dass er die lautere Wahrheit sage, mehr wirken würde als die blosse Ermahnung zur Angabe der Wahrheit (die übrigens — um das nachzutragen — überall der Beeidigung oder dem Handgelübde vorausgeht), da eine eigene Erklärung des Zeugen, psychologisch betrachtet, jedenfalls viel eher geeignet ist, das Gewissen

des zwischen Wahrheit und Lüge Schwankenden zu Gunsten der erstern aufzurütteln, als eine von einem Dritten ausgehende Warnung,[242]) die so leicht durch das eine Ohr hinein und durch das andere hinausgeht, für sich allein. Von grosser Wichtigkeit ist es dabei, dass der Gesetzgeber strenge Strafen für das falsche Zeugnis aufstellt und der Richter keine Gelegenheit versäumt, da, wo ihm ein Zeuge des falschen Zeugnisses verdächtig erscheint, eine Strafuntersuchung zu veranlassen.

Als Resultat dieser vergleichenden Ausführungen können wir die Tendenz zur Beseitigung des Zeugeneides bezeichnen. Wenn auch diese Tendenz zum Teil künstlich durch das bundesstaatsrechtliche Prinzip der Glaubens- und Gewissensfreiheit getrieben wurde und die Beseitigung des Eidzwanges nach dem Satze *Bundesrecht bricht kantonales Recht* geradezu notwendig war, so offenbart sich doch darin, dass in der Mehrzahl der Kantone der Eid nur auf Verlangen einer Partei, oder nur nach Ermessen des Richters oder endlich gar nur ganz subsidär abgenommen wird — alles im Gegensatz zum gemeinen Prozesse und dem geltenden Rechte der umliegenden ausländischen Staaten — eine durchaus selbständige Bewegung im Sinne der erwähnten Tendenz, abgesehen davon, dass ja drei Kantone schon vor 1874 das Handgelübde an Stelle des Eides eingeführt hatten. Den Schlusspunkt der Entwicklung, den meines Wissens noch keine andere Gesetzgebung erreicht hat,[243]) bilden die Kantone *Zürich* und beide *Appenzell*, die den Eid spurlos beseitigt haben; *Aargau* war im Begriffe, an das nämliche Ziel zu gelangen. Professor *A. v. Orelli* hält die Erscheinung, dass der Eid in *Zürich* schon seit dem sechszehnten und sieb-

[242]) In *Appenzell A.-Rh.* und *I.-Rh.* wird nicht einmal eine solche vorgeschrieben. Dagegen ist sie vorgesehen in *Zürich* (§ 377) und im *aargauer* Entwurf (§ 230).

[243]) England steht in dieser Beziehung ganz auf dem alten Standpunkte, denn hier ist ein unbeeidigtes Zeugnis ganz undenkbar. Vgl. *Taylor*, On Evidence, §§ 1240 ff.

zehnten Jahrhundert ganz ausser Gebrauch gekommen ist, für eine Folge der durch die Reformation hier an einem ihrer Hauptsitze bewirkten strengen Auffassung der Heiligkeit des Schwures.[244])

In Verbindung mit dem Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung lässt sich in der Tat die Anwendung des Zeugeneides schwerlich rechtfertigen, wenn man auf die Heiligkeit des Schwures noch irgendwelches Gewicht legen will. Denn darin, dass der Richter ein mit einem Eide bekräftigtes Zeugnis, ein Zeugnis, für dessen Wahrheit Gott zum Zeugen oder Bürgen angerufen worden ist, kraft seines freien Ermessens ohne weiteres bei Seite setzen kann, liegt gewiss die Möglichkeit flagranter Missachtung der Heiligkeit des Eides. Hier stellt sich uns meines Erachtens das Dilemma entgegen: Entweder lässt man das Zeugnis durch den Eid bekräftigen und dann muss es der Richter als wahr annehmen, oder man lässt den Eid bei Seite und würdigt dann das Zeugnis nach freiem Ermessen. Den ersten Weg hat *Aargau* in der Tat eingeschlagen (§ 197), denn hier können Zeugenaussagen, welche durch den Eid bekräftigt sind, nur auf dem Untersuchungswege entkräftet werden. Dagegen suchen sich einen Ausweg aus jenem Dilemma zu verschaffen die Kantone *Nidwalden* (XIV, Abs. 6 Art. 5 § 25) und *Schwyz* (§ 228, Entwurf § 194), indem sie dann, wenn die Aussagen eines oder mehrerer Zeugen andern (in *Nidwalden:* voraussichtlich) entgegenstehen, die Eidesleistung verschieben und einen gerichtlichen Entscheid darüber fällen lassen, wem der Eid aufzulegen sei, wobei in erster Linie die Glaubwürdigkeit der Zeugen, und nur dann, wenn diesen gleicher Glauben zukommt, die grössere Zahl ausschlaggebend sein soll. In *Nidwalden* werden die nicht beeidigten und deshalb nicht vollbeweiskräftigen Zeugen technisch „berichtliche" Zeugen genannt, eine Bezeichnung, die sich auch in ältern gemeinrechtlichen Lehrbüchern findet; jene Zeugen entsprechen

---

244) *A. v. Orelli*, a. a. O., p. 43.

denjenigen einzelner französischer Kantone, die nur à titre de renseignement einvernommen werden.

Wenn man jedoch bedenkt, wie unendlich schwierig es ist, mit Sicherheit festzustellen, welche von mehreren sich widersprechenden Zeugen lügen und welche die Wahrheit sagen, so kann man auch dieser Regelung keinen grossen Wert beilegen, da die Gefahr sehr gross ist, dass der unrichtige Zeuge beeidigt und damit dessen Zeugnis für unbedingt richtig anerkannt werde. Immerhin bekundet sie einen gewissen Fortschritt, da sie dem richterlichen Ermessen einen grössern Spielraum einräumt. Auf ganz ähnlichem Standpunkte stehen diejenigen Kantone, welche die Beeidigung des Zeugen überhaupt in das Ermessen des Richters legen (*Baselland, Schaffhausen* und *Waadt*).

Die ernste Auffassung des Eides zeigt sich in *Nidwalden* und *Schwyz* überdies darin, dass die Zeugen in appellabeln Sachen vor erster Instanz nicht beeidigt werden (XIV, Abs. 2 Art. 2), damit die Eideswürdigkeit von der zweiten Instanz frei beurteilt werden kann. In *Freiburg* setzt die Beeidigung einen zwanzig Franken übersteigenden Streitwert voraus.

Schliesslich möchte ich noch auf zwei äusserst bemerkenswerte Aussprüche hinweisen, denen m. E. nicht widersprochen werden kann. Sie richten sich beide gegen den Eid. Obschon sie in erster Linie auf den Beweiseid (Schieds- und Noteid) sich beziehen, trifft doch der in ihnen ausgesprochene Gedanke den Eid im allgemeinen, also auch den Zeugeneid. Der erste hat den grossen französischen Juristen *Pothier*[245]) zum Verfasser und lautet: Quand un homme est honnête homme, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment pour ne pas demander ce que ne lui est pas dû et pour ne pas disconvenir de ce qu'il doit (was hier vom Schiedseid gesagt ist, gilt selbstverständlich auch für den Zeugeneid

---

[245]) *Pothier*, traité des obligations, Partie IV, Chap. III, Sect. 4, Art. 3, bei *Best*, Grundzüge des englischen Beweisrechtes, p. 50.

bezüglich der Aussage der Wahrheit), et quand il n'est pas honnête homme, il n'a aucune crainte de se parjurer. Der andere Ausspruch ist neuer und stammt von *Rieu*[246]) her; er sagt sehr geistreich: Au lieu d'inculquer aux citoyens le principe que la parole est une, le législateur va à fin contraire. Faisant de la parole deux parts, l'une garantie par la sanction religieuse, et l'autre qui ne l'est pas, il autorise les citoyens à considérer la dernière comme moins sacrée que la première.

---

§ 28.

γ) Die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage.

Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen ist gemeinrechtlich und in einer grossen Zahl der schweizerischen Kantone bestimmten Regeln unterworfen worden, denen die Kategorien der verwerflichen und verdächtigen Zeugen entsprechen, wie oben (§ 26) ausgeführt wurde. Anders steht es nun mit Bezug auf die Würdigung der Glaubwürdigkeit der Zeugen**aussage**. Es ist klar, dass eine Zeugendeposition für den Richter nur dann beweisbildend in Betracht kommen kann, wenn dieselbe nicht nur bezüglich der Person ihres Autors, sondern auch inhaltlich, materiell glaubwürdig ist. Der Richter wird einer Aussage, deren Inhalt sich als eine physische Unmöglichkeit darstellt, keinen Glauben beimessen, mag der Zeuge noch so rechtschaffen sein; ja, er wird auch mit der Wahrscheinlichkeit und Unwahrscheinlichkeit der Aussagen zu rechnen haben und je nachdem grösseres oder minderes Gewicht auf die letztern legen. Es werden sich namentlich dann erhebliche Schwierigkeiten für die Beurteilung der Glaubwürdig-

---

246) *A. Rieu*, de la suppression du serment, Lausanne 1868, p. 10; bei *Lauterburg*, Eidesdelikte, p. 178.

keit der Aussagen ergeben, wenn verschiedene Zeugen über den nämlichen Gegenstand verschiedene Angaben machen; widerspricht ein Zeuge sich selber, so liegt die Vermutung sehr nahe, dass er entweder absichtlich die Wahrheit zu entstellen sucht, oder dass seine Erinnerung an den Gegenstand so schwach ist, dass er die Wahrheit nicht mehr genau angeben kann. In beiden Fällen sinkt natürlich die Glaubwürdigkeit der Aussage bis auf Null, wenn nicht etwa besondere Verumständungen den erfolgten Widerspruch erklärlich machen und daher als harmlos erscheinen lassen. Gemeinrechtlich verliert die Aussage des sich widersprechenden Zeugen im Umfange des Widerspruchs jede Beweiskraft und macht den Zeugen überdies bezüglich des übrigen Inhalts seiner Aussage verdächtig, ja es wirkt schon ein blos befangenes, unsicheres und schwankendes Benehmen mindernd auf die Glaubwürdigkeit der Aussage.[247])

In der Schweiz wird nur in acht Kantonen der Glaubwürdigkeit des Inhaltes der Zeugendeposition besonders gedacht. Von diesen erklären *Zürich* (§ 388), *Bern* (§ 220) und *Appenzell A.-Rh.* (§ 90) lediglich, dass der Richter sie gleich wie die Glaubwürdigkeit der Zeugen nach freiem Ermessen zu würdigen habe. *Schaffhausen* (§ 137) begnügt sich, den Richter anzuweisen, dass er bei einem Widerspruch zwischen den einzelnen Zeugenaussagen nicht auf die Zahl der Zeugen allein, sondern auch auf ihre grössere oder geringere Glaubwürdigkeit zu sehen habe, und ähnlich sagt *Graubünden* (Art. 184), das Gericht habe die Glaubwürdigkeit und das Gewicht der erhobenen Zeugenaussagen für sich allein und gegen einander sorgfältig abzuwägen und hiebei alle Umstände in Betracht zu ziehen, welche die Zuverlässigkeit zu schwächen geeignet seien. *Baselstadt* (§ 137) erwähnt die Bestimmtheit und Klarheit der Aussagen sowie deren Übereinstimmung unter sich und mit dem unbestrittenen oder aus anderen Beweis-

---

247) Vgl. *Wetzell*, System, § 23, p. 217.

mitteln sich ergebenden Hergang der Sache als Momente, die der Richter bei der Würdigung der Beweiskraft in Berücksichtigung zu ziehen habe. Einlässlicher beschäftigt sich *Schwyz* (§ 229, Entwurf § 195) mit dem vorliegenden Gegenstande, indem es über die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Aussage, welche, wie zu Ende des vorigen Paragraphen ausgeführt worden, Voraussetzung der Beeidigung des Zeugen ist, folgende in einem Gesetze, in welchem das Prinzip der freien Beweiswürdigung noch nicht durchgeführt ist, durchaus zu billigende Anweisungen gibt:

> Das Gericht hat daher von Amts wegen sorgfältig zu prüfen, ob aus dem Inhalt der Aussagen eines Zeugen und aus seinem Benehmen bei der Abhörung sich Gründe der Verminderung oder Aufhebung seiner Glaubwürdigkeit ergeben, wie z. B. wenn ein Zeuge in seiner Aussage ganz oder teilweise mit sich selbst oder mit erwiesenen oder vom Beweisgegner zugegebenen Umständen in Widerspruch gerät, oder wenn aus seinen Aussagen Leidenschaftlichkeit, Leichtsinn, Mangel an richtiger Beobachtung oder an Gedächtnis hervorgeht, oder wenn wegen seiner vorgreiflichen Antworten oder anderer Umstände Verdacht einer vorausgegangenen Belehrung durch den Beweisführer sich zeigt.

Ähnlich macht auch *Obwalden* (Art. 72) die Auflegung des Reinigungseides auf den Beweisgegner von dem Vorhandensein der in der angeführten *schwyzer* Bestimmung angegebenen Mängel der Aussage des Zeugen abhängig.

Alle hier nicht speziell aufgeführten Kantone sowie die *bundesgerichtliche* C. P. O. enthalten gar keine Bestimmungen über die Beurteilung der Zeugenaussagen bezüglich ihrer Glaubwürdigkeit, sie überlassen dieselbe damit vollständig dem richterlichen Ermessen, wie übrigens auch die acht erwähnten Kantone hierüber keine eigentlichen Beweisregeln aufstellen, sondern dem Richter blos Wegleitung zur richtigen Durchführung seiner Aufgabe geben. In den Kantonen, die im all-

gemeinen die gemeinrechtliche Beweistheorie adoptirt haben, mögen solche Anweisungen an den Richter da, wo er ausnahmsweise etwas nach freiem Ermessen zu beurteilen hat, am Platze sein, in den andern Kantonen macht sie die Geltung des Prinzips der freien Beweiswürdigung überflüssig.

---

§ 29.

b) Die Regulirung der Intensität der Beweiskraft.

Der oberste Grundsatz, welcher die Beweiskraft des Zeugnisses im gemeinen Rechte geregelt und als unantastbar gegolten hat, ist der Satz **testis unus testis nullus.** Dieser Satz hat zwei Seiten, die wol auseinander zu halten sind. Einmal bedeutet er, dass eine Tatsache durch einen unanfechtbaren Zeugen allein rechtlich nicht bewiesen werden kann, sondern dass dazu mindestens zwei Zeugen erforderlich sind. Sodann aber — und das ist das Charakteristische für die gemeinrechtliche Theorie — ist damit auch gesagt, dass durch zwei (in ihren Aussagen übereinstimmende) unanfechtbare, sogenannte klassische Zeugen eine Tatsache unbedingt bewiesen, dass durch sie ein voller Beweis erbracht werde, an dem der Richter nicht rütteln darf. An dieser zweiten Bedeutung hat sich hauptsächlich die ganze scholastische Beweistheorie im kanonisch-italienischen Prozesse des Mittelalters ausgebildet; aus ihr sind die künstlichen Einteilungen in halben, viertel und dreiviertel Beweis hervorgegangen. Man glaubte sich dabei nicht nur auf das römische Recht stützen zu können,[248]) sondern ging (im kanonischen Rechte: c. 4 X de test. 2, 20)

---

[248]) Die berühmte Stelle l. 12, D. de test. 22, 5 sagt nur, dass da, wo eine Zeugenzahl nicht bestimmt sei, deren zwei genügen sollen.

geradezu auf mosaisches und altchristliches Recht zurück,[249]) um die Unverbrüchlichkeit der Maxime testis unus testis nullus .darzutun, obschon in beiden Beziehungen die Belegstücke äusserst zweifelhafter Natur sind und keineswegs jene zweite Bedeutung des Satzes in sich enthalten.

Jene Maxime hat sich aber im Laufe der Zeit in das deutsche Rechtsleben völlig eingelebt; zahlreiche Rechtsparömien geben davon Zeugnis: *Ein Mann, kein Mann; ein Zeuge ist einäuge; ein Zeuge ist kein Zeuge; ein Zeuge wie keiner, zwei wie zehn; durch zweier Zeugen Mund wird allerwärts die Wahrheit kund* u. s. w.[250]) Kein Wunder also, dass sie sich in alle Prozessgesetzgebungen Eingang verschafft hat und da nach ihren beiden Seiten hin ausgeprägt sich vorfindet.

Zum erstenmale auf dem Kontinent[251]) ist sie der Aufklärungszeit in Frankreich zum Opfer gefallen, nachdem sie auch hier durch das kanonische Recht importirt worden war und sich nach dem Sprichworte „*Voix d'un, voix de nun*“ allgemeine Geltung verschafft hatte.[252]) Seitdem nun hat die Maxime an Bedeutung stets eingebüsst. Die neuern Prozessordnungen haben sie eine nach der andern aufgegeben und anfänglich (so noch die *hannöver*'sche C. P. O.) mit der Aufstellung der Kategorien von unfähigen, verwerflichen und verdächtigen Zeugen sich begnügt, später aber auch die letztere Kategorie fallen gelassen, bis sie da angelangt sind, wo heute

---

[249]) Vgl. Moses V, 17, 6: Wer des Todes würdig ist, soll auf zweier oder dreier Zeugen Mund sterben. Aber auf eines Zeugen Mund soll er nicht sterben. Matth. 18, 16: Wenn er aber nicht auf dich hören will, so nimm noch einen oder zwei zu dir, auf dass der ganze Handel auf dem Munde von zwei oder drei Zeugen beruhe. Joh. 8, 17: Es steht aber auch in eurem Gesetze geschrieben, dass das Zeugnis zweier Menschen wahr sei. — Die zuletzt genannte Stelle bezieht sich auf nichts anderes als auf den Mosaischen Satz, der viel unbestimmter sich ausdrückt und den Strafprozess im Auge hat.

[250]) Vgl. *Graf* u. *Dietherr*, Deutsche Rechtssprichwörter, p. 452 f., No. 479 ff.

[251]) In *England* hat sie sich nicht einbürgern können.

[252]) Vgl. *Ribain*, Des enquêtes en matière civile. Paris 1886, p. 100.

die deutsche Reichscivilprozessordnung und — wie wir gleich sehen werden — eine stattliche Reihe schweizerischer Kantone stehen, nämlich auf dem Standpunkte der unbeschränkten Freiheit in der Würdigung der Beweiskraft des Zeugnisses. Freilich fehlt es auch heute nicht an Stimmen, welche diesen freien Standpunkt verwerfen und zu der alten Regel zurückkehren möchten. So ruft z. B. der Italiener *Mattei*,[253]) der sich gegen das vom französischen in das italienische Recht übergegangene Prinzip der freien Würdigung wendet, auf den *Bacon*'schen Satz *optima lex est quae minimum arbitrio iudicis relinquit* sich stützend, pessimistisch aus: „Wenn die Ansichten über die Interpretation oder Anwendung eines Gesetzes bis zu den obersten Behörden verschieden sind, wie können sich die Bürger darüber beruhigen, dass die Urteilssprüche auf die Würdigung von Umständen, auf Zeugenaussagen sich stützen, die den einen als überzeugend vorkommen, während sie andern vielleicht nicht einmal einen Anfang des Beweises bieten und möglicherweise sogar zu einem entgegengesetzten Entscheide führen können?" Dagegen lässt sich einwenden, dass es sich bei der freien Beweiswürdigung weder um Interpretation noch um Anwendung von Gesetzesparagraphen handelt, über die man verschiedener Meinung sein könnte, sondern einfach um die Anwendung der menschlichen Vernunft und Erfahrung, die im einzelnen Falle nur einen Weg kennt. Auch *Heusler* begeistert sich nicht stark für das moderne Prinzip; er meint in seinem bekannten Aufsatze,[254]) viel Unrecht sei jedenfalls in der Welt durch das Erfordernis zweier Zeugen nicht geschehen; dem Richter werde um so weniger ein unmenschlicher Zwang angetan, wenn er die Zeugen zuerst bis auf zwei zählen müsse und dann erst wägen dürfe, als er in den weitaus meisten, in 99 von 100 Fällen die Zeugenaussagen ohnedies so wie so gar nicht wägen könne, weil er die Zeugen in diesen meisten

---

[253]) *Mattei, Jac.*, Osservazioni sul sistema probatorio u. s. w., Archivio giuridico XXI, p. 489.

[254]) Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 62, p. 316 f.

Fällen nicht kenne. Mir scheint aber der Umstand, dass nach der Regel *testis unus testis nullus* der Richter beim Vorhandensein zweier übereinstimmender Zeugenaussagen gar nicht mehr wägen darf, sondern die Tatsache für voll bewiesen halten muss, so sehr allen Grundsätzen der Vernunft zu widersprechen, dass auch bei der Annahme der *Heusler*'schen Voraussetzung, nach welcher in den meisten Fällen ein Wägen nicht möglich ist, die strikte Durchführung jener Regel eine Ertötung des Geistes bedeutet. Ich glaube auch, dass damit dem materiellen Rechte mehr Eintrag geschieht als bei Anwendung des modernen Prinzipes, da ja überhaupt alle Beweisregeln zu einer Verknöcherung der Rechtsprechung führen, wie ein Blick in das *Zink*'sche Buch „Die Ermittlung des Sachverhalts" zur Genüge beweist.

In der schweizerischen Gesetzgebung lassen sich nun bezüglich der Beweiskraft des Zeugnisses drei Gruppen unterscheiden, von denen die erste das gemeinrechtliche System der zwei Zeugen aufweist, die zweite diejenigen Kantone umfasst, welche durch einen Zeugen schon vollen Beweis erbringen lassen, und die dritte endlich dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung huldigt.

1. Zu der ersten Gruppe gehören die Kantone *Luzern* (§ 156), *St. Gallen* (Art. 151), *Aargau* (§ 171), *Tessin* (Art. 214), *Wallis* (Art. 222) und mit einer erheblichen Modifikation *Appenzell I.-Rh.* (Beweisverordnung Art. 8). In den fünf erstgenannten Kantonen gilt der Satz, dass durch die übereinstimmende Aussage zweier klassischer Zeugen voller Beweis erbracht werde, unbedingt. Ein Zeuge allein hat also gar keine Beweiskraft; er bildet aber nach ausdrücklicher Bestimmung des *luzerner* und *tessiner* Rechtes insofern einen halben Beweis, oder den Anfang eines Beweises, als bei Hinzutreten erheblicher Beweisgründe (adminicula) der Richter nach freiem Ermessen den Beweis der betreffenden Tatsache als voll annehmen kann. *Appenzell I.-Rh.* steht insofern auf einem freiern

Standpunkte, als hier die zweite Seite der Beweisregel nicht aufgenommen worden ist. Der Richter kann die übereinstimmenden Angaben zweier Zeugen als vollständig glaubwürdig und demnach als gültigen Beweis annehmen, er ist aber dazu nicht verpflichtet, wie in den andern fünf Kantonen.

Die Beweiskraft der verdächtigen Zeugen ist in *Luzern* (§ 159) in das Ermessen des Richters gelegt, jedoch darf dieselbe nie als voll angenommen werden, während in *Tessin* (Art. 214 § 1)[255]) drei oder mehr verdächtige Zeugen für sich allein (!), oder auch ein oder zwei verdächtige Zeugen in Verbindung mit frei zu würdigenden andern Beweisgründen einen vollen Beweis bilden können.

2. Die zweite Gruppe wird gebildet durch die Kantone *Uri* (§ 63), *Schwyz* (§ 235, Entwurf § 200), *Obwalden* (Art. 75), *Zug* (§ 77). Hier haben wir eine höchst interessante Erscheinung vor uns. Man fand die unbedingte Forderung von zwei Zeugen ungerecht und liess schon durch einen einzigen Zeugen Beweiskraft zu; da man aber einmal im beweistheoretischen Formalismus befangen war, ging man wiederum zu weit, indem man der Aussage eines klassischen Zeugen unbedingte Beweiskraft verlieh. Diese Regelung der Sache ist natürlich viel gefährlicher noch als diejenige der ersten Gruppe, denn bei der letztern bildet doch wenigstens die blosse Tatsache der Übereinstimmung zweier Personen eine gewisse Garantie für die Richtigkeit der Aussagen, während diese Garantie hier ganz wegfällt. Zu dieser Gruppe ist auch noch *St. Gallen* (Art. 153) zu zählen, das für inappellable erstinstanzliche Prozesse und für die Fälle, da beide Parteien gemeinsam darauf

---

[255]) Ove poi non vi fosse che un solo testimonio idoneo, o pure ove alcuno od ambedue i testimoni fossero viziosi, la prova può essere supplita da un numero maggiore di testimoni viziosi, o delle congetture ed amminicoli, che, sebbene insufficienti per sè, presi nel loro complesso, valgano a supplire alla prova. — Il giudice in tali casi deve valutare la pienezza della prova dopo la più seria e matura ponderazione di tutte le circostanze.

abstellen, der Aussage eines einzigen Zeugen volle Beweiskraft beilegt. Hier hat wiederum jener verhängnisvolle Irrtum, nach welchem die Beweis würdigung der Parteidisposition unterliegen kann, seine Früchte getrieben. Eine Antiquität findet sich in *Uri* vor, indem hier der Beweis eines beeidigten Zeugen nur durch fünf übereinstimmende Gegenzeugen entkräftet werden kann, und in *Obwalden* treffen wir ebenfalls eine ganz fremde Singularität darin, dass in dem Falle, wo der Zeuge das einzige Beweismittel ist, der Richter je nach Ermessen entweder dem Zeugen den „Bekräftigungseid" auflegt und dann die Tatsache als bewiesen annimmt, oder den Beweisgegner den Reinigungseid für die Unwahrheit der Tatsache schwören lässt.

Was die verdächtigen Zeugen betrifft, so wird deren Beweiskraft in *Schwyz* (§ 236) zu einem halben Beweise taxirt, immerhin aber die Annahme des halben Beweises, als des günstigsten Falles, in das Ermessen des Richters gestellt. In *Obwalden* (Art. 75) und *Zug* (§ 80) kann der Richter ähnlich im günstigsten Falle (nach seinem Ermessen) auf den Ergänzungseid, sei es in Form des Erfüllungs- oder in derjenigen des Reinigungseides, erkennen. Im *schwyzer* Entwurf (§ 179) wird die Beweiskraft der verdächtigen Zeugen ganz der freien Würdigung des Richters überlassen, so dass also hier unter Umständen auch durch blosse verdächtige Zeugen ein voller Beweis geleistet werden kann. Dass bei dieser Normirung die Aufstellung einer Kategorie verdächtiger Zeugen überhaupt überflüssig ist, ist bereits bemerkt worden.

3. Die dritte Gruppe, die das moderne Prinzip der freien Beweiswürdigung im Zeugenbeweise durchführt, setzt sich zusammen aus den Kantonen *Zürich, Bern, Glarus, Freiburg, Solothurn, Baselstadt, Baselland, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh., Graubünden, Aargau* Entwurf, *Waadt, Neuenburg* und *Genf.*[256]) Bis auf *Solothurn* und die französischen Kantone

[256]) Auf dem gleichen Standpunkt steht auch die *bundesgerichtliche* C. P. O., Art. 131.

gehören all' diese fortgeschrittenen Gesetzgebungen der Zeit seit 1860 an. In *Solothurn* ist der französische Einfluss unverkennbar; umgekehrt zeichnet sich unter den welschen Kantonen *Wallis* durch seine gemeinrechtliche Normirung der Beweiskraft aus.

Eine ganz vorzügliche Anweisung zur Behandlung der Beweiskraft des Zeugnisses und zugleich eine heilsame Ermahnung an den Richter, die Aussage eines einzigen Zeugen möglichst kritisch zu behandeln, stellt die C. P. O. von *Baselstadt* in § 137 auf. Möchte sie überall Beachtung finden:

„Dem Gerichte ist im allgemeinen überlassen, die Beweiskraft der Zeugenaussagen zu würdigen. Es entscheidet dabei jedenfalls nicht die Zahl der Zeugen, sondern es ist vielmehr in Berücksichtigung zu ziehen deren persönliche Glaubwürdigkeit, die Bestimmtheit und Klarheit ihrer Aussagen sowie deren Übereinstimmung unter sich und mit dem unbestrittenen oder aus andern Beweismitteln sich ergebenden Hergang der Sache, sowie auch der Zeugen Kenntnis vom Sachverhalt überhaupt. Demgemäss soll die Aussage eines einzigen Zeugen, wenn die Verhandlung Anhaltspunkte für das Gegenteil seiner Aussage bietet, keinen vollständigen Beweis bilden."

---

§ 30.

4. Die französische Beschränkung des Zeugenbeweises.*)

Die dem französischen Rechte eigentümliche Beschränkung des Zeugenbeweises im Civilprozesse ist mehr als 300 Jahre

---

*) Vgl. hierüber den trefflichen Aufsatz über den Zeugenbeweis im französischen Civilprozesse in *Eug. Eschers* Beiträgen zur Kenntnis der bürgerl. Rechtspflege in Frankreich, Zürich 1854, p. 161 ff.

alt.[257]) Sie wurde im Jahre 1566 durch die Ordonnanz von Moulins (Art. 54) eingeführt, „pour obvier à la multiplication des faicts que lon a mis cy devant en avant en jugement, subjets à preuve de tesmoins et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconveniens et involution de procés“, wie diese sich ausdrückt. Früher, als die Schreibkunde noch nicht so verbreitet und das Institut der Notare noch nicht so vervollkommnet war, hatte umgekehrt der Satz „*témoins passent lettres*“ gegolten. In der Ordonnance civile von 1667 wurde die Beschränkung in etwas modifizirter Form wiederholt (tit. XX, Art. 2) und erhielt im napoleonischen Gesetzbuche die heutige Fassung, wie sie der Art. 1341 aufweist:

> Il doit être passé acte devant notaires, ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépots volontaires: et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs; — le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

In diesem nicht besonders glücklich redigirten Artikel sind zwei Grundsätze niedergelegt, die wir getrennt betrachten wollen.

I. Der erste Grundsatz geht dahin, dass über alle Rechtsgeschäfte, deren Gegenstand die Summe oder den Wert

257) In den Verhandlungen der vierten Abteilung des fünften deutschen Juristentages (24. August 1864) wurde von dem Referenten *Hiersemenzel* darauf aufmerksam gemacht, dass nach *Diodor* (Sicul. I, 75 ff.) auch bei den alten Ägyptern der Grundsatz gegolten habe, dass, wer dem andern ohne Schuldschein geliehen hatte, den Beweis nur durch Eidesdelation, nicht auch durch Zeugen, führen durfte. (Verhandlungen des fünften deutschen Juristentages, II. Bd., Berlin 1864, p. 233.)

von 150 Franken übersteigt, zum Behufe des für das Rechtsgeschäft zu führenden Beweises eine Urkunde, sei es eine öffentliche oder eine Privaturkunde, errichtet werden müsse, und damit soll (wie aus dem zweiten Teile des Artikels hervorgeht) gesagt sein, dass kein Rechtsgeschäft der erwähnten Art durch Zeugen bewiesen werden könne. Ganz ausgeschlossen ist demnach die Geltendmachung eines Anspruches, welcher nicht urkundlich bewiesen werden kann, nicht, vielmehr kann er einredeweise durch das Geständnis der Gegenpartei oder auch in einer Klage durch Eidesdelation sehr wol gerichtlich durchgeführt werden.[258]) Die vom Art. 1341 geforderte urkundliche Form ist durchaus nur Beweisform und keineswegs etwa Solemnitätsform. Sie bezieht sich nur auf die Art und Weise der gerichtlichen Geltendmachung von Rechtsgeschäften, deren Gegenstand einen gewissen Wert übersteigt und ist deshalb prozessualer und nicht civilrechtlicher Natur. Der Gesetzgeber weist ja in dieser Vorschrift den Richter nur an, bei der Behandlung von Rechtsgeschäften, die von grösserer Tragweite sind, ein bestimmtes Beweismittel zur tatsächlichen Feststellung jener Rechtsgeschäfte nicht zuzulassen, und gibt deshalb dem Publikum den Rat, sich gleich bei Abschluss seiner Geschäfte durch schriftliche Beurkundung den Beweis möglichst gut zu sichern. Es handelt sich also nie und nimmer um Bedingungen, die an die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes geknüpft werden, und daher stehen sie mit dem im eidgen. Bundesgesetze über das Obligationenrecht (Art. 9) ausgesprochenen Prinzipe der Formfreiheit der Verträge durchaus nicht im Widerspruch. Prof. *Heusler* hat am schweiz. Juristentag in St. Gallen (1883)[259]) den Satz aufgestellt, dass die Bestimmungen des 6. Kapitels von Titel 3 des 3. Buches (Code civil) über den Beweis nicht nur die Bedingungen der gerichtlichen Beweisbarkeit, sondern auch diejenigen der Gültig-

---

[258]) Vgl. *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch, IV, § 758 p. 565.

[259]) Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F., Bd. II, p. 613 ff.

keit der Rechtsgeschäfte behandle, wie das Beweisrecht überhaupt teils civilrechtlicher und teils prozessrechtlicher Natur sei: Die für ein bestimmtes Civilrechtsverhältnis besonders aufgestellten Beweisgrundsätze, die in der Natur dieses Rechtsverhältnisses begründet seien, gehören dem Civilrechte an, während prozessualisch das Beweisrecht in denjenigen Sätzen sei, welche ohne ein bestimmtes Rechtsinstitut aus Gründen eines zweckmässigen Prozessganges die Beweisführung regeln. Die meisten Bestimmungen des 6. Kapitels seien nur ersterer Art, insbesondere sei die Beschränkung des Zeugenbeweises nicht aus Gründen des Prozessrechtes, nicht deshalb, weil die Zeugen überhaupt ein unzuverlässiges Beweismittel seien, aufgestellt worden, sondern die ratio legis liege in dem Bedürfnisse, Geschäfte von höherem Betrage von vorneherein auf eine festere Basis als auf den Zeugenbeweis, und zwar auf Urkunden zu stellen. Zu den Voraussetzungen der materiellen Beweiskraft der Urkunde, die zweifellos im Civilrechte ihren Sitz hätten, gehöre nun nicht nur, dass der Inhalt der Urkunde den damit geltend gemachten Anspruch vollgenügend begründe, sondern doch wol auch das, was an bestimmten Eigenschaften für die Urkunde behufs Herstellung der Gültigkeit des darin vollzogenen Rechtsgeschäftes verlangt werde, denn in diesem Falle lassen sich Gültigkeit des Vertrages und Beweiskraft der Urkunde nicht von einander trennen. Der Wortlaut und der Sinn des Bundesobligationenrechtes gehe nun dahin, dass ein absolutes Mass für die Form, die zur Gültigkeit der Verträge erforderlich ist, aufgestellt sein solle. Daher dürfen denn die Kantone für diejenigen Verträge, die nach Obligationenrecht schon formlos gültig seien, nicht die strengern Beweisvorschriften festhalten, die ihnen für die formellen Verträge entzogen seien, weil damit sonst das ganze Prinzip und System des Obligationenrechtes umgestürzt und eigentlich in fraudem dieses Gesetzes gehandelt würde. M. E. sind aber die Prämissen dieser ganzen Beweisführung *Heuslers* nicht richtig; denn das Beweisrecht lässt sich meiner Ansicht nach nicht in civilrechtliches

und in prozessuales trennen. Mag auch der Gesetzgeber für ein einzelnes Rechtsverhältnis wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des letztern Spezialvorschriften über die Beweisbarkeit aufstellen, und mag auch die ratio für ein solches Vorgehen vielleicht in materiellrechtlichen Rücksichten liegen, so gehört doch begrifflich die Frage, auf welche Weise ein vom Gesetzgeber besonders behandeltes Rechtsverhältnis gerichtlich festgestellt werden soll, dem Gebiete des Rechtsfeststellungs-, des Rechtsvergewisserungsverfahrens, d. h. eben dem Prozessrechte, an.[259a]) Solemnitätsform und Beweisform fallen nur da zusammen, wo sowohl das Civilrecht als auch das Prozessrecht die nämlichen Formvorschriften — das erstere zur Gültigkeit, das letztere zur Beweisfähigkeit — an ein Rechtsgeschäft stellen. Das beste Verhältnis scheint mir allerdings dasjenige zu sein, bei welchem die beiden Formen zusammenfallen, und insofern stimme ich *Haberstich*[260]) bei, welcher die Unterscheidung jener Formen ins Fegfeuer verbannt wissen möchte. Das allg. preussische Landrecht (Tl. I, Tit. 5 §§ 116 ff.) hat die Unterscheidung insofern aufgehoben, als es die schriftliche Form für alle Verträge, deren Gegenstand den Wert von 50 Thalern übersteigt, ausdrücklich zur Voraussetzung der Klagbarkeit der letztern gemacht hat. (Vgl. *Dernburg,* preussisches Privatrecht, § 98.)

[259a]) So sagt auch *Wach* (Handbuch des deutschen Civilprozessrechtes, I. Bd., p. 127): „Der Begriff des Beweismittels, sowie seine einzelne Erscheinungsform (Art) gehören durchaus dem Prozessrecht an.“ . . „Also ist die Zulässigkeit des Beweismittels und das Mass der Überzeugungskraft, welches ihm innewohnt, lediglich der Lex fori zu entnehmen.“ Und in der Note 35 bemerkt er hierzu: „Man würde diese Sätze schwerlich beanstanden, wenn man nicht immer wieder der Versuchung unterläge, aus der praktischen Bedeutung für das Privatrecht falsche Schlüsse zu ziehen oder formelles Erfordernis des Rechtsgeschäfts und Beweisbeschränkung zu konfundiren.“ Vgl. ferner *Wach*, Handbuch, p. 193, Note 12.

[260]) *Haberstich*, Handbuch des schweiz. Obligationenrechtes, Zürich 1884, I. Bd., p. 115.

Wo das Obligationenrecht eine Solemnitätsform vorschreibt, da dürfen allerdings die Kantone nicht eine leichtere Beweisform vorschreiben, weil sie ein Rechtsgeschäft, das wegen mangelnder Solemnitätsform civilrechtlich ungültig ist, durch blosse prozessuale Bestimmungen nicht zum civilrechtlich gültigen machen dürfen. So lange die Gültigkeitsform fehlt, existirt das beabsichtigte Rechtsgeschäft nicht; ein Beweisanerbieten über ein solches müsste vom Richter wegen Unerheblichkeit zurückgewiesen werden.

Es würde nun zu weit führen, wollte ich das französische System noch einer Prüfung auf seine Zweckmässigkeit unterziehen. Es ist darüber schon so viel Zutreffendes gesagt worden, dass ich füglich darauf verweisen kann.[261]) Nur das möchte ich gegenüber *Heusler* noch anführen, dass nach der herrschenden Ansicht die Gründe, welche zu der Beschränkung des Zeugenbeweises geführt haben, durchaus prozessualer Natur sind und hauptsächlich in der allzu ängstlich betrachteten Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises liegen, aber auch für die Verminderung und Abkürzung der Prozesse ins Feld geführt worden sind; dass man dabei die weniger wichtigen Sachen ausnahm, ist begreiflich, da man dem Publikum nicht zumuten konnte, jede Bagatelle in Schrift abzufassen. Heute ist man deutscherseits einig, dass die französische Beschränkung zu verwerfen sei. Durch § 14 Ziff. 2 des Einführungsgesetzes zur D. R. C. P. O. wurde sie in den deutschen Ländern des französischen Rechtes aufgehoben. (Vgl. *Wach*, Handbuch p. 193, Note 12.)

---

[261]) Vgl. *Escher*, Beiträge, p. 165; *Mittermaier* im Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 5, p. 17 ff.; Verhandlungen des fünften deutschen Juristentages, Berlin 1864, I. Bd., p. 62 (Gutachten von *Haass*), p. 166 (Gutachten von Prof. *Hinschius*); II. Bd., p. 19 (Gutachten von *Creizenach)*, p. 232, Verhandlungen. Hier wurde von *Hinschius* namentlich und mit Recht betont, dass kein vernünftiger Grund findbar sei, weshalb der Zeugenbeweis nur bei einem Handelsgeschäfte, nicht aber auch bei einem Nichthandelsgeschäfte unbeschränkt statthaft sein solle. — Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins von 1883. Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F., II. Bd., p. 481 ff.

Betrachten wir nun das Recht der französischen Kantone, so finden wir, dass der in Art. 1341 liegende erste Grundsatz des allgemeinen Ausschlusses des Zeugenbeweises bei Rechtsgeschäften, deren Gegenstand den Wert von 150 Franken übersteigt, nur in *Genf* (Art. 1351)[262]) ganz unverändert aufgenommen wurde, während die übrigen Kantone schon in der Höhe der Minimalsumme erhebliche Abweichungen aufweisen, sodann aber auch in der Natur des Urkundeninhaltes vom Mutterrechte differiren.

Das französische Recht sagt, „toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs" seien urkundlich zu beweisen, und versteht darunter alle rechtserheblichen Tatsachen, von denen dann in Art. 1348 allerdings ein grosser Teil (Quasikontrakte, Delikte, Quasidelikte u. s. w.) ausgenommen wird. In gleicher Weise *Genf* und *Neuenburg* (Art. 1093 singularis: toute chose); letzteres setzt aber einen Minimalbetrag von 1000 Franken fest, so dass also hier der Zeugenbeweis wol als in der Mehrzahl der Fälle faktisch zulässig betrachtet werden kann.

In *Waadt* (Art. 995) und in *Wallis* (Art. 1213) ist der Zeugenbeweis dagegen nicht mehr bei allen Rechtsgeschäften oder juristischen Tatsachen überhaupt, sondern nur bei Verträgen (conventions) ausgeschlossen. Dabei wird in *Waadt* die Minimalsumme auf 800 Franken (alter Währung, d. h. ca. 1160 Franken neuer Währung) und in *Wallis* auf 300 Franken fixirt. In letzterem Kantone wird die rein prozessuale Natur viel deutlicher markirt als anderwärts, indem die Nichtzulassung des Zeugenbeweises ausdrücklich als einziger Zweck der Vorschrift hingestellt wird („Über einen Vertrag, dessen Gegenstand oder Wert 300 Franken übersteigt, selbst bei freiwilligen Hinterlagen, ist der Zeugenbeweis nicht zugelassen."); auch in *Waadt* spricht der Art. 997 das Verbot des Zeugenbeweises

---

[262]) **Durch Gesetz vom 21. Oktober 1874 ist der Betrag auf 200 Fr. erhöht worden.**

für Verträge, die einen Wert von über 800 Fr. beschlagen, förmlich aus, während die französische Bestimmung nur im Zusammenhalte mit dem zweiten Teile des Art. 1341 richtig interpretirt werden kann.

Freiburg endlich schränkt den Zeugenbeweis gar nur bei Geldanleihen, welche 200 Fr. übersteigen, ein (Art. 2221).

Der grössere Teil der französischen Schweiz steht also auf einem viel freiern Standpunkte als Frankreich;[263]) praktisch unterscheiden sich jedenfalls *Neuenburg* und *Wallis* sehr wenig von den Gebieten deutschen Rechtes, denn es darf wol angenommen werden, dass bei Rechtsgeschäften, die einen so hohen Betrag zum Gegenstande haben, vorsichts- und sicherheitshalber ziemlich überall die Schriftlichkeit als Konventionalform angewendet werde.

Allerdings ist das Recht der Kantone *Waadt*, *Wallis* und *Neuenburg* dem Zeugenbeweise insofern ungünstiger als in den übrigen französischen Kantonen und in Frankreich, als dort für die Verhältnisse des Handels keine Ausnahme besteht, während dies hier (*Genf*, Art. 1341, *Freiburg*, Loi sur le commerce du 14 décembre 1882, vgl. *Rossel*, Manuel p. 528) der Fall ist. In *Waadt* und *Wallis* war beim Mangel eines Handelsgesetzbuches ein Vorbehalt für das Handelsrecht nicht am Platze. In *Neuenburg* wird zwar ein solcher gemacht (Art. 1093 Abs. 2: „Le tout sans préjudice de ce qui peut être prescrit dans les lois relatives au commerce."), allein er gilt nur eventuell, d. h. für den Fall, als er durch allfällig zu erlassende Handelsgesetze durchgeführt wird. Bis heute ist aber kein Handelsgesetzbuch erlassen worden und wird nun, nach Inkrafttreten des Bundesobligationenrechtes, das ja auch das eigentliche Handelsrecht umfasst, selbstverständlich nicht mehr erlassen werden.

---

[263]) Auch in *Italien* (cod. civ. 1341) ist die französische Regel eingeschränkt worden auf Verträge (convenzioni), deren Gegenstand den Wert von 500 Fr. übersteigt.

Dass der Ständerat bei Beratung des Bundesobligationenrechtes Verträge, welche einen Geldwert von über 3000 Fr. beschlagen, dem Zeugenbeweis entziehen wollte, ist bereits Eingangs dieser Schrift erwähnt worden.

Das *französische* Recht enthält nun in den Art. 1342 bis 1346 eine Reihe von Détailbestimmungen, die sich auf die Art und Weise der Berechnung des Betrages von 150 Fr. beziehen. Ganz unverändert finden wir dieselben nur im Kanton *Genf* (Art. 1342—1348) wieder, während die übrigen Kantone verschiedene Sätze zum Teil abgeworfen, zum Teil modifizirt haben.

1. Die erste Spezialvorschrift (Art. 1342) geht dahin, dass da, wo ein Geldkapital samt Zinsen eingeklagt wird, bei Berechnung des Betrages von 150 Fr. die Zinsen zum Kapital hinzugeschlagen werden müssen. Sie wird nur in *Wallis*[264]) (Art. 1214) aufgestellt.

2. Art. 1343 sagt, dass Derjenige, welcher eine Klage angestellt hat, deren Gegenstand über 150 Fr. beträgt, auch dann nicht zum Zeugenbeweise zugelassen werde, wenn er in der Folge seine Klage auf eine geringere Summe beschränke. Diese Regel ist in *Waadt* (Art. 998), *Wallis* (Art. 1215) und *Neuenburg* (Art. 1094) adoptirt worden.

3. Nach Art. 1344 ist aber der Zeugenbeweis auch dann nicht zulässig, wenn die eingeklagte Summe zwar nur 150 Fr. oder weniger beträgt, sich jedoch ergibt,[265]) dass sie ein Rest

---

[264]) *Genf* soll wegen seiner völligen Übereinstimmung mit dem französischen Recht nicht mehr aufgeführt werden.

[265]) Das ist nach der herrschenden Meinung der Sinn der zu missverstehenden Worte „lorsque cette somme est déclarée être le restant“ u. s. w. Besser ist die Redaktion *Neuenburgs*, wo gesagt wird „lorsque cette somme est le restant“. Vgl. *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch, IV, § 758, Note 11.

oder ein Teil von einer Forderung ist, für welche der Kläger einen schriftlichen Beweis zu führen haben würde.[266]) So *Waadt* (Art. 999), *Wallis* (Art. 1216) und *Neuenburg* (Art. 1095, mit der in Note 265 angegebenen redaktionellen Verbesserung).

4. Der Zeugenbeweis ist ferner dann ausgeschlossen, wenn der Kläger mehrere Forderungen zusammen einklagt, die zwar nicht einzeln, wol aber zusammen über 150 Fr. betragen, und dies selbst dann, wenn die Forderungen auf verschiedenen Rechtsgründen beruhen oder zu verschiedenen Zeiten entstanden sind; immerhin mit Ausnahme des Falles, da sie von verschiedenen Personen herrühren, so wenn z. B. der Kläger einen Teil derselben in eigenem Namen und einen Teil als Rechtsnachfolger eines andern Gläubigers geltend macht (Art. 1345). Diese Bestimmung wird nur in *Wallis* (Art. 1217) aufgestellt.

5. In unmittelbarem Zusammenhange mit der eben angeführten Vorschrift schreibt Art. 1346 sodann vor, dass alle Ansprüche, welche jemandem gegen die nämliche Person zustehen, in ein und derselben Klageschrift eingeklagt werden müssen, insofern sie nicht vollständig durch Urkunden erwiesen werden können, und zwar bei Verlust des spätern Klagerechtes bezüglich der übergangenen Ansprüche. Die französische Jurisprudenz wendet diese Bestimmung sogar auf den Fall an, in welchem die einzelnen Forderungen vor verschiedene Gerichte oder vor ein Gericht anderer Art gehören, so dass also der Kläger gezwungen ist, in jeder Klage fiktiv alle seine Forderungen zu einem Ganzen zu vereinen.[267]) Der Art. 1346 ist die äusserste Konsequenz der französischen Theorie, eine

---

[266]) Auch hier gibt die Redaktion des Gesetzes („qui n'est point prouvée par écrit") Zweifeln Raum. Die oben angeführte Interpretation dürfte mit der ratio legis am ehesten vereinbar sein. Vgl. *Zachariä von Lingenthal*, eod. Note 13.

[267]) Vgl. *Zachariä von Lingenthal*, eod. Note 16a.

Konsequenz, die offenbar die Umgehung der Vorschrift des Art. 1345 verhindern soll, die aber zu unerträglichen Härten führen muss. Mit Ausnahme von *Genf* ist sie in der Schweiz nirgends rezipirt worden, also auch nicht in *Wallis*, das doch den Art. 1345 adoptirt hat.

II. Der zweite Grundsatz, welcher in Art. 1341 ausgesprochen ist, lautet: „Wenn über ein Rechtsgeschäft eine Urkunde, sei es eine öffentliche oder eine Privaturkunde, aufgenommen worden ist, so ist ein Zeugenbeweis weder gegen den Inhalt der Urkunde, noch über einen Zusatz zum Inhalte der Urkunde, noch über Reden, welche angeblich vor, bei oder nach der Aufnahme der Urkunde gefallen sind, zulässig, sollte auch der Gegenstand nur 150 Fr. oder weniger an Wert haben (mit andern Worten, ist der Beweis durch Urkunden geführt worden, so kann auch der Gegenbeweis nur durch Urkunden, nicht aber durch Zeugen geführt werden), allemal jedoch mit dem Vorbehalte, dass auch gegen den Inhalt der Urkunde der Eid angetragen oder das Geständnis der Gegenpartei angeführt werden kann.“ [268])

Das ist eine Regel, die von ganz anderer Bedeutung ist als die zuerst behandelte und aus andern legislativen Gesichtspunkten hervorgegangen ist. Wir finden sie schon in einer griechischen, also nicht rezipirten Konstitution unbestimmten Datums ganz apodiktisch ausgesprochen (l. 1 C. de test. 4, 20: *Κατὰ ἐγγράφου μαρτυρίας ἄγραφος μαρτυρία οὐ προσφέρεται*) und in einer rezipirten Konstitution *Justinians* (l. 18 pr. C. eod.) wird wegen der *facilitas testium, per quos multa veritati contraria perpetrantur,* wenigstens der Beweis der Einrede der Zahlung gegen eine Schuldurkunde nur dann zugelassen, wenn er entweder durch Urkunden oder durch fünf *testes idonei et summae atque integrae opinionis* geführt werden kann. Der gemeinrechtliche Prozess hat, wie seine

[268]) *Zachariä von Lingenthal,* Handbuch, IV, § 759.

Vorläufer, der italienische und der kanonische Prozess, bemerkenswerter Weise das Recht des Gegenbeweises mit Bezug auf die Privaturkunden stets unangetastet bleiben lassen und nur den öffentlichen Urkunden — aber auch das nicht unbestritten — eine solche Beweiskraft beigemessen, dass gegen dieselben ein überwiegender Zeugenbeweis durch mindestens drei klassische Zeugen zur Entkräftung nötig war.[269]) Dagegen hat das vom kontinentalen Einfluss unberührt gebliebene englische Recht seit uralter Zeit den französischen Satz unbedingt aufgestellt: „Parol testimony cannot be received to contradict, vary, add to, or subtract from, the terms of a valid written instrument.“ *Taylor*[270]) sagt von dieser Regel, indem er zugleich die ratio derselben angibt: „This rule of the common law, which may be traced back to a remote antiquity, is founded on the obvious inconvenience and injustice that would result, if matters in writing, made by advice, and on consideration, and intended finally to embody the entire agreement between the parties, were liable to be controlled by what Lord *Coke* expressively calls ‚the uncertain testimony of slippery memory‘.“[271])

Es zeigt sich hier wiederum jene Auffassung der Urkunde, nach welcher nur diejenigen Instrumente, welche eine Disposition unter den Parteien, sei es auch ein Geständnis, zum Gegenstande haben, für beweistauglich gehalten werden. Alles, was zur Begründung der Ausschliessung des Gegenbeweises durch Zeugen angeführt werden kann, geht nur darauf hin, die Garantien der schriftlichen Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen als eines erhöhten Schutzes

---

269) Vgl. *Bayer*, Vorträge, § 132, p. 396; *Wetzell*, System, § 25, Note 5 a., und § 36, Note 91.

270) *Taylor*, On Evidence, § 1035.

271) Auch die *Indian Evidence Act* stellt jene Regel auf (Sect. 91 ff.); doch lässt sie, wie das Mutterrecht selbst, den Gegenbeweis für Betrug, vis compulsiva, Gesetzwidrigkeit, sowie zum Nachweis aller dem Inhalt der Urkunde nicht direkt widersprechenden Tatsachen zu.

bedürftig hinzustellen. Es ist daher klar, dass blosse Zeugnisurkunden, oder Urkunden, die nur ein Indicium in sich verkörpern, niemals jener strengen Regel unterstellt werden können. Vom Standpunkte der in dieser Arbeit verfochtenen Auffassung ergibt sich daraus aber zugleich die unbedingte Verwerfung des Ausschlusses irgendwelcher Beweismittel gegen den Urkundenbeweis, da die Urkunde mit Bezug auf ihre Beweiskraft den Zeugen vollständig gleichzustellen ist und höchstens bezüglich ihrer Glaubwürdigkeit gewisse Vermutungen, die dem Zeugen gegenüber nicht gerechtfertigt sind, sich aufstellen lassen.

Dass in der *Schweiz* verschiedene Kantone (*Uri, Glarus, St. Gallen*) nicht nur den Zeugenbeweis, sondern überhaupt jeden Gegenbeweis gegen den Inhalt vollkräftiger Urkunden ausschliessen, ist bereits ausgeführt worden. Es beruht dies eben auf dem durchaus formalen Charakter, welcher den Dispositionsurkunden beigelegt wird.

Ebenso sind früher schon die Kantone *Schwyz, Obwalden, Zug* und *Tessin* als diejenigen genannt worden, welche den Zeugenbeweis gegen die vollbeweisende Urkunde ausschliessen.

In der französischen Schweiz haben nur die Kantone *Genf* (Art. 1341), *Wallis* (Art. 1213) und *Neuenburg* (Art. 1093) die französische Normirung unverändert aufgenommen. *Freiburg* stellt die Regel in der Civilprozessordnung auf (Art. 290), nimmt davon aber, wie das englische Recht, die Fälle aus, in denen der Probat den Nachweis des dolus, Irrtums, der Simulation, Handlungsunfähigkeit und anderer Nichtigkeits- oder Restitutionsgründe nachweisen will.[272]) Der Wortlaut des

[272]) Auch in der *bundesgerichtlichen* Prozessordnung wird der Satz aufgestellt (Art. 130), dass gegen den klaren Inhalt einer von den Beteiligten über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde kein Zeugenbeweis zulässig sei; davon wird aber nicht nur der Nachweis der Handlungsunfähigkeit, der mangelnden Einwilligung, des Betruges oder der Gewalt ausgenommen, sondern auch zum Ersatze einer später mit Beziehung auf das gleiche Rechtsgeschäft errichteten und verloren gegangenen Urkunde, sowie zur Ergänzung späterer Urkunden, die darauf hinweisen, dass die zuerst errichtete abgeändert worden ist, der Zeugenbeweis zugelassen.

französischen Rechtes lässt es sehr zweifelhaft erscheinen, ob diese Ausnahmen auch da geltend gemacht werden können; dafür, dass wenigstens solche Tatsachen, die, obwol sie sich auf den Inhalt der Urkunde beziehen, dennoch weder mit dem Inhalte derselben in Widerspruch stehen, noch auch als ein Zusatz zu dem Inhalte betrachtet werden können, wie z. B. die Erfüllung oder der Erlass, durch Zeugen bewiesen werden können, tritt *Zachariä von Lingenthal* [273]) sehr bestimmt auf und das lässt sich allerdings mit dem Gesetzestexte wol vereinigen. — In *Waadt* ist, wie früher schon bemerkt, neben dem Zeugenbeweis auch der Eid und damit faktisch jedes Beweismittel ausgeschlossen. Freilich lässt es (in Art. 975) den Gegenbeweis dafür zü, qu'il a été dérogé à l'acte, ou d'expliquer l'acte, sans en détruire la lettre, ou de prouver que l'acte est simulé. Jedoch wird unmittelbar darauf der Beweis der Simulation für die kontrahirenden Parteien ausgeschlossen. Nach dem Bundesobligationenrecht (Art. 16) ist nun seit 1883 der Beweis der Simulation gegenüber dem gutgläubigen Dritten, welcher ein schriftliches Schuldbekenntnis besitzt, gar nicht mehr zulässig. Ein derartiger Beweis ist wegen der materiellrechtlich ausgesprochenen Unzulässigkeit der Einrede der Simulation eben ganz irrelevant. Ebenso verhält es sich mit der bundesrechtlichen Vorschrift des Art. 11 Obl. R., wo bestimmt wird, dass wenn für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben sei, diese Vorschrift auch für jede Abänderung desselben gelte, mit Ausnahme jedoch von ergänzenden Nebenbestimmungen, welche mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen. Die schriftliche Fixirung von Abänderungen ist Solemnitätsform, denn sie ist Voraussetzung der Gültigkeit der Abänderungen; deshalb dürfen auch diese im Prozesse wegen Unerheblichkeit gar nicht zum Beweise verstellt werden, so lange sie nicht urkundlich hergestellt werden können.

---

[273]) a. a. O., § 759.

III. Von den beiden unter Ziff. I und II erörterten Grundsätzen macht nun das französische Recht — abgesehen von dem bereits erwähnten Vorbehalt für das Handelsrecht — zwei Ausnahmen von grosser Tragweite.

1. Einmal wird der Zeugenbeweis nämlich unbeschränkt zugelassen, wenn ein sogenannter commencement de preuve par écrit, ein Anfang eines schriftlichen Beweises, vorhanden ist. Als solcher gilt jede Urkunde (auch die blosse Zeugnisurkunde), welche vom Beweisgegner oder dessen Stellvertreter ausgegangen ist und welche die behauptete Tatsache zwar nicht vollkommen beweist (sei es wegen eines Formmangels oder wegen Unzulänglichkeit)[274], aber doch wahrscheinlich macht (Art. 1347). Diese ungemeine Erleichterung des Zeugenbeweises, nach welcher schon ein blosser Brief oder eine einfache Bleistiftnotiz aus der Hand des Beweisgegners den Probanten zur Führung eines Beweises durch Zeugen berechtigen kann, ist auch von den französischen Kantonen *Waadt* (Art. 1000), *Wallis* (Art. 1218), *Neuenburg* (Art. 1096) und *Genf* (Art. 1347) adoptirt worden; ja *Neuenburg* geht noch weiter, indem es als Anfang eines schriftlichen Beweises jede Urkunde, welche die behauptete Tatsache wahrscheinlich macht, ohne Rücksicht auf die Person ihres Urhebers, zulässt. *Freiburg* dagegen und die deutschschweizerischen Kantone, die den Zeugenbeweis gegenüber Urkunden ausschliessen (wozu auch *Tessin* gehört), stellen jene Ausnahme nicht auf, wie sie auch dem englischen Rechte unbekannt ist.

2. Die zweite Ausnahme sodann bezieht sich auf den Beweis von Obligationen und greift dann Platz, wenn der Gläubiger die Urkunde, welche ihm zum Beweise der Obligation gedient hatte, in Folge eines unvorhergesehenen durch vis major herbeigeführten Zufalls verloren hat oder wenn

[274]) Vgl. *Zachariä von Lingenthal*, a. a. O., § 760.

es ihm von Anfang an nicht möglich war, sich eine schriftliche Beurkundung einer der folgenden Obligationsarten zu verschaffen:

a) Obligationen aus Quasikontrakten, Delikten oder Quasidelikten;

b) Depositum miserabile (dépots nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage), depositum des Reisenden, der in einem Gasthaus logirt. Hier soll der Richter jedoch die konkreten Verhältnisse bezüglich der Personen und der besondern Umstände überhaupt bei der Entscheidung über die Zulassung des Zeugenbeweises einer Prüfung unterziehen;

c) Obligationen, die bei Anlass unvorhergesehener Zufälle kontrahirt werden, wo man eine schriftliche Beurkundung nicht hätte bewirken können.

In gleicher Weise stellen diese Ausnahme die Kantone *Waadt* (Art. 1001), *Wallis* (Art. 1219), *Neuenburg* (Art. 1097) und *Genf* (Art. 1348) auf. Auch hier zeichnet sich indessen *Neuenburg* dadurch aus, dass es im Falle des Verlustes der Urkunde den Zeugenbeweis erleichtert, indem es die vis major nicht unbedingt als Ursache des Verlustes voraussetzt, sondern einfach den Zufall oder vis major nennt. *Freiburg* lehnt sich hier wiederum an die deutschschweizerischen Kantone an, die auch diese zweite Ausnahme nicht kennen.

Beide Ausnahmen, die sich als spezifisch französischrechtlich darstellen, beweisen, dass der Zeugenbeweis bei der tatsächlich möglichen Manigfaltigkeit derjenigen Verhältnisse, in welchen ein Urkundenbeweis dem Beweisführer nicht wol zugemutet werden kann, oder in denen es ungerecht erscheint, den Gegenbeweis durch Zeugen gegen den Urkundeninhalt auszuschliessen, eben doch eine so eminent wichtige Aufgabe zu erfüllen berufen ist, dass daneben die Beschränkung desselben in den übrigen Fällen sich aus den Gründen, die aus der Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises und aus der durch diesen herbeigeführten Komplizirung des Prozessganges her-

geleitet werden, kaum mehr rechtfertigen lässt. Diese Gründe müssten konsequenterweise zu einem unbedingten Verbote des Zeugenbeweises führen. Will man aber gewissen Rechtsverhältnissen besondern Schutz verleihen, so möge der Gesetzgeber sie im materiellen Rechte mit bestimmten Solemnitätsformen ausstatten, aus deren Vorhandensein der Richter unmittelbar auf die Richtigkeit der betreffenden Rechtsverhältnisse schliessen kann; damit würde der Zeugenbeweis dann, wie im französischrechtlichen System, ebenfalls vermieden zu Gunsten der im schriftlichen Rechtsverkehre wünschbaren Sicherheit und Zuverlässigkeit, und es würde die Vereinfachung wie auch die Verminderung der Prozesse damit Hand in Hand gehen. Ob aber der Gesetzgeber nicht schon jetzt jenes Schutzbedürfnis genügend berücksichtigt habe, ist eine Frage, die hier nicht zu beantworten ist.

Bei einer Vereinheitlichung des schweizerischen Prozessrechtes müsste meines Erachtens die französischrechtliche Beschränkung des Zeugenbeweises unbedingt fallen; ihr Mangel würde in der französischen Schweiz kaum erhebliche Missstände herbeiführen, so wenig als solche in der übrigen Schweiz empfunden werden; die alte Gewohnheit, alle Verträge höheren Betrages schriftlich zu fixiren, würde übrigens dort in gleicher Weise wie früher zur Sicherheit des Beweises und zur Vermeidung von Prozessen überhaupt beitragen.

Viertes Kapitel.

Der Eid.

§ 31.

I. Einleitung.

Geht man von dem Satze aus, dass aller Beweis auf die Herstellung der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit einer behaupteten Tatsache gerichtet sei, so kommt man unmittelbar dazu, dem Eide die Beweismittelqualität vollständig abzusprechen, wie bereits oben in § 15 (p. 121) ausgeführt wurde; denn nach geleistetem Eide über eine Tatsache gilt diese unwiderlegbar als wahr, ohne dass die richterliche Überzeugung dabei irgendwie in Funktion zu treten hätte. Das gilt sowol vom Haupt- oder Schiedseid (iuramentum voluntarium sive litis decisorium), den die eine Partei der andern deferirt, als auch vom Not- oder richterlichen Eid (iuramentum necessarium), der vom Richter zur Ergänzung oder Entkräftung mangelhaften Beweises einer Partei aufgelegt wird. Dem Richter ist in beiden Fällen schlechterdings jede Kontrolle über die Wahrheit der eidlich bekräftigten Parteiaussage entzogen; er ist gesetzlich verpflichtet, die letztere in allen Fällen für wahr zu halten.

Es ist nun ganz begreiflich, dass im scholastischen Prozessrechte des spätern Mittelalters die Unmöglichkeit der Bildung einer richterlichen Überzeugung beim Eide nicht als ein der Beweismittelqualität des letztern entgegenstehendes Moment betrachtet worden ist, da man ja bekanntlich dem Richter

überhaupt möglichst geringen Spielraum in der Beweiswürdigung anvertraute und die Feststellung formaler Wahrheit derjenigen materieller Wahrheit vorzog. Das alte deutsche Recht kannte ebenfalls kein eigentliches Beweisrechtssystem, und der Eid nahm hier neben den Gottesurteilen einen hervorragenden Platz ein, so dass dem Eindringen der römischen Eideslehre in der Gestalt, wie sie von den Glossatoren und Kanonisten ausgebildet worden war, nichts im Wege stand.

Der Schiedseid wurde theoretisch als ein unter den Parteien abgeschlossenes Vergleichsgeschäft behandelt, ohne dass man ihm jedoch die Natur eines Beweismittels absprach; man erklärte nämlich die Delation des Eides als einen Vergleichsantrag, als einen Verzicht auf die Geltendmachung einer Behauptung sub condicione iurisiurandi, wie auch die Römer sagten: „iusiurandum speciem transactionis continet“ (l. 2 D. de iureiur. 12,2): die deferirende Partei erklärt, dass sie von ihrer Behauptung abstehen werde, falls sich ihr Gegner die Unwahrheit derselben zu beschwören getrauen würde.[275]) Durch die Annahme des Antrages seitens des Delaten wird nach dieser Auffassung das Vergleichsgeschäft perfekt und damit das Eidesthema als rechtlich festgestellt betrachtet. Dass aber schon nach römischem Rechte von einem wahren Vergleichsvertrage nicht die Rede sein kann, beweist der Umstand, dass auch da schon der Delat gezwungen wird, den Eidesantrag entweder anzunehmen oder seinerseits den Eid dem Deferenten anzutragen, zu referiren, ansonst das Eidesthema als zugestanden gilt: Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare nec iusiurandum referre (l. 38 D. de iureiur. 12,2). Wenn das von dem *in iure* deferirten Eide, der nicht über eine blosse Tatsache, sondern über ein ganzes Rechtsverhältnis geschworen wurde, gilt, so trifft es noch viel mehr bei dem *in iudicio* über einzelne Tatsachen zugeschobenen Eide zu; denn von einem Vergleiche über die Existenz resp. Wahrheit einer Tat-

[275]) Vgl. z. B. *Bayer*, Vorträge, § 261.

sache kann m. E. überhaupt nicht gesprochen werden, da ein Vergleich begrifflich nur über Rechte möglich ist. Man ist aber darüber einig, dass im gemeinen Prozesse nur der letztgenannte Eid adoptirt worden ist, dass also nur über Tatsachen und nicht über Rechte geschworen werden kann, und hieran ist auch in der Partikulargesetzgebung Deutschlands stets festgehalten worden.

Eine andere Konstruktion des nämlichen Eides hat nun *Wach*[276]) aufgestellt, indem er ihn als Dispositionsakt charakterisirt. Nach dem Grundsatze, dass den Parteien im Civilprozesse freie Disposition über das tatsächliche Prozessmaterial zusteht, ist es nach der Ansicht *Wachs* dem Beweisführer unbenommen, über eine von ihm geltend gemachte Tatsache derart zu disponiren, dass er erklärt, die letztere fallen zu lassen, wenn der Beweisgegner ihre Unwahrheit beschwöre. Gegen eine solche Anwendung des Dispositionsrechtes lässt sich an und für sich allerdings nichts einwenden, allein die Sache komplizirt sich, wenn man berücksichtigt, dass diese Disposition zu einer brauchbaren erst dadurch wird, dass der Gesetzgeber den Delaten zwingt, den Eid zu schwören oder zu referiren, oder endlich (was dem römischen Rechte noch unbekannt war) seinerseits den Beweis des Gegenteils zu führen, wie man technisch sagt, sein Gewissen durch Beweis zu vertreten. Erst dieser Zwang, dem als Korrelat die poena confessi zur Seite steht, ermöglicht den unbedingten Erfolg des Dispositionsaktes. Das prozessuale Rechtsgeschäft, welches nach *Wach* in der Eidesdelation liegt, ist danach nur für den Deferenten ein Akt der freien Dispositionsäusserung, während auf Seite des Delaten ein gesetzlicher Zwang zur Perfektion des Rechtsgeschäftes

[276]) *Wach*, Vorträge, p. 162 ff. Die diesbezüglichen Erörterungen werden hier allerdings auf Grundlage des positiven deutschen Reichsrechtes gemacht, allein die Abweichungen vom gemeinen Prozesse, die sich hier vorfinden, sind nicht prinzipieller Natur und insofern können die Ausführungen *Wachs* sehr wol für die allgemein wissenschaftliche Charakterisirung des Schiedseides verwendet werden.

besteht. Wäre dieser Zwang nicht vorhanden, so läge allerdings in dem Falle eine wahre Disposition vor, in welchem der Probat sich auf den Eidesantrag einliesse; so aber ist es einzig das Gesetz, welches durch seine Zwangsvorschrift dem Beweisführer ein Mittel an die Hand gibt, mit welchem er die Entscheidung über das prozessuale Feststehen einer Tatsache herbeiführen oder (im Falle der Gewissensvertretung) die auf ihm ruhende Beweislast auf den Probaten abwälzen kann. Der Schiedseid ist gleichwie der vom Richter auferlegte Noteid ein ausserordentliches Hilfsmittel zur Feststellung streitiger Tatsachen, ein Hilfsmittel, das seine Existenz und seine Wirksamkeit der religiösen Natur des Eides entnimmt. Der Glaube an die Existenz eines Gottes ist das Fundament der ganzen Eideslehre.

In der *Schweiz* stellen 15 Kantone und der *schaffhauser* Entwurf den Schiedseid auf,[277]) die übrigen 10 dagegen verzichten auf dieses Hilfsmittel. Die letztern sind: *Zürich, Schwyz,* (ebenso der Entwurf), *Obwalden, Glarus, Zug, Baselstadt, Baselland, Schaffhausen* und beide *Appenzell*; dazu kommt noch der *aargauer* Entwurf. Dieser sowol als die Kantone *Zürich* und beide *Appenzell* kennen den Eid in ihrem Beweisrechte überhaupt nicht, während die übrigen 15 wenigstens den Noteid aufstellen.

Die zweite Hauptart des Eides, der Noteid oder richterliche Eid, ist stets als Beweismittel aufgefasst worden und wird noch als solches aufgefasst von *Wach*, der sogar von Überzeugung, die durch die Leistung des Eides dem Richter verschafft werde, spricht.[278]) Es mag sein, dass der Richter

---

[277]) Ebenso auch die *bundesgerichtliche* Civilprozessordnung (Art. 146 ff.).

[278]) *Wach*, Vorträge, p. 176. „Die Parteibehauptung ist Prozessstoff. Die Partei als aussagende Person steht dem Richter gegenüber. Er erklärt ihr, dass er ihrer Aussage nur Glauben schenken könne, wenn sie dieselbe beeidigt . . . Er erpresst keinen Eid, übt keinen Zeugenzwang, sondern bietet allein der Partei die Gelegenheit, ihn zu überzeugen, durch einen ihr verstatteten Eid.“ — Auch *Fierich*, Prof. Dr. *M.* (Über die

in manchen Fällen durch den Eidschwur von der Wahrheit resp. Unwahrheit der beschworenen Tatsache wirklich überzeugt wird; darauf kommt aber rechtlich gar nichts an, denn er **muss** ja von Gesetzeswegen wie beim Schiedseide die beschworene Tatsache für wahr resp. unwahr halten, und das scheint mir eben der wahren Beweismittelnatur zu widersprechen. Verschiedene Kantone halten den Noteid neben dem Haupteide für überflüssig, und lassen ihn deshalb nicht zu, so *Luzern, Uri* und *Graubünden.*[279]) Meines Erachtens wäre es eher angezeigt, den Haupteid fallen zu lassen neben dem Noteide (wie es die 7 Kantone *Schwyz, Obwalden, Glarus, Zug, Baselstadt, Baselland* und *Schaffhausen* tun), wenn man überhaupt einen solchen Notbehelf für unerlässlich hält. Damit würde man es dem Ermessen des Richters überlassen, die Beweisführung für ungenügend zu erklären und je nachdem die formelle Bekräf-

---

Eideszuschiebung, in *Grünhuts* Zeitschrift, Bd. 16, p. 153), hält die Möglichkeit der Bildung einer Überzeugung von der Wahrheit der beschworenen Tatsache für selbstverständlich, ja für regelmässig eintretend. „Die Heiligkeit des Eides und die strafrechtlichen Folgen des Meineides sind Garantieen der wahrheitsgemässen Äusserung.“ Deshalb ist ihm auch der deferirte Eid durchaus Beweismittel.

[279]) Folgende Übersicht erleichtert die Orientirung über das Vorkommen der Haupt-Eidesarten in den einzelnen Kantonen.

Kantone mit

Schiedseid	Noteid	Schiedseid	Noteid
Bern	Bern	—	Baselland
Luzern	—	—	Schaffhausen
Uri	—	Schaffhausen-Entwurf	Schaffhausen-Entwurf
—	Schwyz (und Entwurf)	—	St. Gallen
—	Obwalden	Graubünden	—
Nidwalden	—	Aargau	Aargau
—	Glarus	Thurgau	Thurgau
—	Zug	Tessin	Tessin
Freiburg	Freiburg	Waadt	(Waadt)
Solothurn	(Solothurn)	Wallis	Wallis
—	Baselstadt	Neuenburg	Neuenburg
		Genf	Genf

Ohne Eid: Zürich, beide Appenzell und der aargauer Entwurf.

tigung des Beweisthemas durch den Beweisführer oder die formelle Entkräftung desselben durch den Beweisgegner zu veranlassen, während es beim Schiedseide prinzipiell gar nicht darauf ankommt, ob der Richter mehr oder weniger überzeugt sei von der Wahrheit resp. Unwahrheit der zu beweisenden Tatsache.

Ausser diesen zwei Hauptarten des Eides kennen einige wenige Kantone noch den Schätzungseid zur Feststellung der Höhe eines geltend gemachten Schadens und den Manifestationseid zur Konstatirung der Höhe von Vermögen oder Schulden, die der Schwörende anzugeben positivrechtlich verpflichtet ist. Sie sind beide mit dem Noteid verwandt und wie dieser nicht referirbar. Wahre Beweismittel sind sie so wenig wie die andern Eide.

Da jeder Eid eine religiöse Handlung ist, so kann kraft Bundesstaatsrechtes niemand zur Leistung desselben verpflichtet werden; an die Weigerung, welche jemand aus persönlicher Überzeugung der Eidesauflage entgegenhält, dürfen keine Nachteile, insbesondere nicht die poena confessi, geknüpft werden. Alles, was beim Zeugeneide (§ 27, pag. 285 f.), über dessen Unzulässigkeit als Obligatorium gesagt worden ist, gilt ohne weiteres auch hier für die Eide, die als ausserordentliche prozessuale Feststellungsmittel aufgestellt werden. Diese sind demnach nicht unbedingt unzulässig, wie auch etwa schon behauptet worden ist, aber doch nicht erzwingbar in dem Sinne, dass deren Verweigerung mit rechtlichen Nachteilen verbunden wird. Der oben (§ 27) angeführte bundesgerichtliche Entscheid (A. S. IV p. 378 ff.) beschäftigt sich speziell mit dem Schiedseide und erklärt ausdrücklich jedermann für berechtigt, die Eidesleistung zu verweigern, sofern der Eid als eine religiöse Handlung sich darstellt. In Anerkennung der konstitutionellen Unzulässigkeit des obligatorischen Eides haben denn die Kantone *Uri, Zug, Freiburg, Solothurn* und *Aargau* das Handgelübde mit den gleichen Wirkungen als Facultativum neben

dem Eide, ebenso *Wallis* den bürgerlichen Eid eingeführt und die Kantone *Bern* (C. P. O. § 255), *Luzern, Thurgau* (durch Gesetz vom 19. Januar 1879 „betreffend Ersetzung des Eides durch das Handgelübde als Beweismittel im Civilprozess") und *Waadt*[280]) den religiösen Eid durch eine bürgerliche Versicherung auf Ehre und Bürgerpflicht (in *Thurgau* durch das eigentliche Handgelübde) vollständig ersetzt. Der *schwyzer* Entwurf (§§ 225 ff.) sieht das Handgelübde als Facultativum neben dem Eide vor, während sich der *schaffhauser* Entwurf (§ 272) der radikalen Gruppe anschliessen will, welche den Eid ganz abgeschafft hat; er setzt an dessen Stelle das Handgelübde. Der Kanton *Baselstadt* (§ 139) schreibt nur in wichtigen und besonders zweifelhaften Fällen den förmlichen Eid vor, dann aber obligatorisch; gewöhnlich soll nur ein Handgelübde abgenommen werden. Es scheint mir nun sehr fraglich, ob die blosse bürgerliche Versicherung ein geeignetes Mittel sei, um als ausserordentliches Feststellungsmittel an Stelle eigentlicher Beweismittel zu fungiren. Würde der Schiedseid vom Gesetzgeber als wahres, d. h. auf beiden Seiten freies Vergleichs- oder Dispositionsgeschäft behandelt, so könnte natürlich gegen die Ersetzung der eidlichen durch die bürgerliche Versicherung nichts eingewendet werden, denn die beiden Parteien können ja ihre Dispositionen von jeder beliebigen Bedingung abhängig machen. Da nun dies nicht der Fall ist, sondern es sich um eine als Notbehelf eingeführte fatalistische Feststellung des Prozessstoffes handelt, so scheint mir das Unterbleiben der Anrufung Gottes von so schwächendem Einflusse zu sein, dass diese fatalistische Natur dadurch ganz verschwindet. Eine Überzeugung aber kann auch beim bürgerlichen Eide nicht geschaffen werden, da auch hier an die Leistung der Versicherung rechtliche Gewissheit über das Beweisthema in allen Fällen gesetzlich eintreten m u s s. Besser wäre es wol — wenn

---

[280]) Das Datum der einzelnen Gesetze, welche den bürgerlichen Eid oder das Handgelübde eingeführt haben, ist oben bei der Behandlung des Zeugeneides (p. 287) angegeben worden.

man kein wahres Dispositionsgeschäft zulassen will — das ausserordentliche Feststellungsmittel, das die richterliche Überzeugung vollständig ausschliesst, also mit dem Prinzip der freien richterlichen Überzeugung in grellstem Widerspruche steht, ganz fallen zu lassen, als eine für den gewissenhaften Menschen allerdings gleichwertige, für den weniger Gewissenhaften und in Versuchung Gebrachten aber viel weniger wirkungsvolle Versicherung ohne religiösen Hintergrund aufzustellen. Ist einmal im ganzen Beweisrecht die freie richterliche Würdigung durchgeführt, so werden die Fälle immer seltener werden, wo dem Richter keine genügenden Beweisgründe zur Bildung seiner vollen Überzeugung geboten werden können, und damit wird jenes ausserordentliche Hilfsmittel entbehrlich werden.[281]) Jedenfalls würde höchstens als Ausflucht im dringendsten Falle ein ganz subsidiärer Noteid (resp. ein Handgelübde) am Platze sein. Für die Kantone dagegen, welche immer noch auf dem alten gemeinrechtlichen Boden einer durchaus formalen Beweistheorie stehen, ist der Eid wol unentbehrlich. Der *aargauer* Entwurf welcher mit der alten Beweistheorie vollständig bricht, hat in rühmlicher Durchführung der Konsequenzen den Eid, wie bereits angegeben, gänzlich beseitigt. Wie ich erfahre, wird in *Zürich*, wo vollste Freiheit in der Beweiswürdigung herrscht und seit alter Zeit kein Eid vor Gericht geschworen wird (im Jahre 1874 ist auch der Paternitätseid abgeschafft worden), der Mangel jedes Eides von niemandem, weder vom Richter noch vom Anwalt oder von der Partei, als Missstand empfunden und niemand wünscht sich den Eid herbei.[281a])

---

[281]) So hält auch Prof. *Stooss* den Eid für entbehrlich bei Einführung des Grundsatzes freier Beweiswürdigung und — worüber im folgenden Kapitel zu sprechen sein wird — Adoptirung des Systems der Parteienbefragung. Protokoll der XVIII. Versammlung des schweizerischen Juristen-Vereins in Bern. Bern 1881, p. 205.

[281a]) In der tessinischen Zeitschrift Repertorio di giurisprudenza patria (Vol. VII, 1887, p. 441) spricht sich der Jurist *Brenno Bertoni* in einer

§ 32.

2. Allgemeine Grundsätze.

1. Der erste, beiden Haupteidesarten gemeinsame Grundsatz geht dahin, dass der Eid nur über Tatsachen, nicht über Rechte, ja nicht einmal über Rechtsverhältnisse, zu schwören sei. Dieser vom kanonischen Prozesse ausgebildete Satz würde schwerlich so allgemein adoptirt worden sein, wenn man dem Eide die Natur eines Vergleiches oder einer Disposition hätte verleihen wollen, denn bei dieser Behandlung hätte es doch wol keinen Sinn gehabt, den Vergleich oder die Disposition über einen Anspruch oder über ein Rechtsverhältnis in der Form eines vor dem Richter geschworenen Eides über die Existenz des Anspruches oder des Rechtsverhältnisses zu verbieten. Dass der Noteid wie der Schiedseid nur über Tatsachen geschworen werden darf, ist daher m. E. gerade ein Zeichen dafür, dass beiden Eidesarten in der Gesetzgebung die Natur von Beweismitteln beigemessen wird.

---

seiner Aufsätze „sulla riforma della procedura civile, pensieri e proposte" über den Eid prinzipiell ebenfalls ganz negirend aus. Er sagt: „Personalmente noi incliniamo a credere che il giuramento sotto qualsiasi forma deve fra poco tempo essere più nulla, dopo essere stato tutto nei secoli passati. Dal medio evo in poi esso segue il ramo discendente di un' immensa parabola e ben presto sarà rientrato nel riposo cui tanti secoli di impero gli danno diritto" . . . Doch glaubt er, dass heute jene Parabel ihren Endpunkt noch nicht erreichen könne, und will der Tradition, gemäss dem philosophischen Prinzipe der Evolution, insoweit Rechnung tragen, dass der Zeugen- und der Schiedseid, nicht aber auch der Ergänzungseid einstweilen noch beibehalten werde. — Dieser Standpunkt scheint mir ein viel zu schüchterner zu sein.

Der Italiener *Moisè Vita Levi* drückt im Vorworte zu seiner tüchtigen Arbeit „Il giuramento litis decisorio, studio teorico-pratico della legge civile italiana" (Torino 1883) den Wunsch aus „che in non lontano avvenire possa venire cancellato dal novero delle prove nelle controversie civili un mezzo tanto influente quanto ibrido e pericoloso" (d. h. eben der Schiedseid).

In der ganzen Schweiz steht dieser erste Grundsatz in Geltung; nur *Uri* macht eine Ausnahme, indem hier (§ 62) in ganz eigentümlicher Weise davon gesprochen wird, dass in Ermangelung anderer genüglicher Beweismittel der Gegner selbst zum Zeugnis und Eide aufgefordert, oder selbst zum Richter gesetzt werden könne. Während das eidliche Zeugnis des Probaten offenbar nichts anderes ist als der gemeinrechtliche deferirte Eid, und daher wahrscheinlich auch in *Uri* nur über Tatsachen geschworen wird, kann unter dem Ausdrucke „zum Richter setzen" nur der Eid über einen Rechtsanspruch verstanden werden, denn der Wortlaut deutet unmittelbar darauf hin, dass in einem solchen Falle der Eid als Surrogat des richterlichen Entscheides dienen soll, überdies hätte sonst die Unterscheidung zwischen „Zeugnis und Eid" und „zum Richter setzen" keinen Sinn. Beide Eide können übrigens auch hier referirt werden.

2. Ein zweiter Grundsatz, der in der Natur der Eidesleistung begründet ist und deshalb nicht überall ausdrücklich aufgestellt wird, verlangt, dass der Eid von der schwurpflichtigen Partei in Person geleistet werde, lässt also keine Stellvertretung zu. Eine Ausnahme tritt aber selbstverständlich für diejenigen Fälle ein, in welchen die eidespflichtige Partei, sei es wegen jugendlichen Alters oder wegen sonstiger physischer oder psychischer Defekte, unfähig ist, die Bedeutung des Eidesaktes zu ermessen. Auch diese Ausnahme wird wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht in allen Gesetzen expressis verbis aufgestellt; wo es doch geschieht, wird meist eine Eidesmündigkeit von 16 Altersjahren als Grenze aufgestellt; so in *Bern* (§ 244), *Freiburg* (C. c. Art. 2191), *Solothurn* (§ 264 Ziff. 4), *Schaffhausen* Entwurf (§ 272: Mündigkeit) und *Thurgau* (§ 211: Mündigkeit). Abweichungen hievon finden sich in *Schwyz* (§ 271 Entwurf § 226), wo ein Alter von 18 Jahren gefordert wird, und in den Kantonen *Luzern* (§ 187), *Ob-*

walden (Art. 93), *Glarus* (§ 205), *Zug* (§ 101) und *St. Gallen* (Art. 176), wo die Zeugnisfähigkeit zum Kriterium der Eidesfähigkeit gemacht wird. In den letztgenannten Kantonen sind also nicht nur unmündige Personen, sondern auch gewisse Klassen von an und für sich eidesfähigen Leuten wegen gewisser Eigenschaften, insbesondere wegen erlittener Bestrafungen, von der Eidesleistung ausgeschlossen, wie auch im gemeinen Prozesse z. B. die Meineidigen vollständig eidesunfähig erklärt worden sind. *Schwyz* (§ 271, Entwurf § 226) schliesst die Falliten und die zu kriminalrichterlicher Strafe Verurteilten, also nicht alle Zeugnisunfähigen überhaupt aus. In *Graubünden* (Art. 212) endlich werden nur Diejenigen zum Eide zugelassen, die eigenen Rechtes, d. h. handlungsfähig, sind.

Ganz anormaler Weise lassen die Kantone *Freiburg* (Art. 2193), *St. Gallen* (Art. 188 litt. c) und *Aargau* (§ 263 litt. b) auch eine Eidesauflage an Dritte zu, die mit der Prozesspartei in gewissen rechtlichen Verhältnissen stehen, so z. B. Rechtsvorgängern, Vollmachtträgern, Geschäftsführern, ja in *St. Gallen* auch Anwälten. Allerdings muss das Eidesthema in einer eigenen Handlung oder Wahrnehmung des Dritten bestehen, und in *Aargau* erfolgt die Eidesauflage in dieser Form nur, wenn der Dritte nicht als Zeuge angerufen werden kann. In *Wallis* (C. de proc. civ. Art. 290) kann dem Mandataren über die Tatsache seiner Geschäftsführung der Eid deferirt werden, wenn derselbe in Abwesenheit des Mandanten ein Geschäft besorgt hat. — Eine derartige Ausdehnung der Eidesauflage lässt sich aber mit der Natur des Beweiseides nicht vereinbaren (weil nur die Partei Beweissubject ist); sie findet sich jedoch im gemeinen Prozesse schon vor mit Bezug auf den Eid des auctor und des Cedenten, bei denen man bessere Kenntnis von dem zu beschwörenden Satze als bei der Partei selbst präsumirt.[282])

---

[282]) Vgl. *Bayer*, Vorträge, § 264 I.

Schwierigkeiten bereiten diejenigen Fälle, in welchen eine Personenmehrheit als Prozesspartei auftritt. Der gemeine Prozess und die deutsche Partikulargesetzgebung haben für diese Eventualität weitläufige Lehren und detaillirte Distinktionen ausgebildet, die zum Teil in die schweizerischen Gesetzbücher übergegangen sind. Man liess in der Praxis die juristische Person durch einzelne Mitglieder (zwei oder drei) vertreten, verlangte dagegen bei einfacher Streitgenossenschaft den Eid sämtlicher Beteiligter.[283]) Im letztern Falle aber wurde partikularrechtlich zwischen der Teilbarkeit und der Unteilbarkeit des Streitgegenstandes unterschieden, und zwar in dem Sinne, dass bei Teilbarkeit sämtliche Streitgenossen, bei Unteilbarkeit aber nur einer schwören musste.[284])

In der Schweiz haben nicht alle Kantone Vorschriften für diese Fälle aufgestellt. Wie das französische Civilgesetzbuch, so enthalten auch die Civilgesetzbücher der französischen und italienischen Schweiz keine diesbezüglichen Regeln mit Ausnahme des Kantons *Freiburg* einerseits und der unten zu besprechenden Bestimmungen über die Wirkungen des Eides für Solidargläubiger und -Schuldner anderseits. Dagegen werden in den Civilprozessordnungen der Kantone *Wallis* und *Neuenburg* besondere Regeln für den Eid, der von juristischen Personen oder Streitgenossen zu leisten ist, aufgestellt. Aber auch von den deutschen Kantonen reguliren *Uri, Nidwalden, Glarus* und *Schaffhausen* (nicht so der Entwurf) die vorliegende Frage gar nicht. Es scheint damit in diesen Rechtsgebieten dem Ermessen des Richters überlassen zu sein, wie die Eidesleistung in solchen Fällen anzuordnen sei.

Die übrigen Kantone (*Bern, Luzern, Freiburg, Solothurn,* beide *Basel*, *St. Gallen*, *Graubünden*, *Aargau*, *Thurgau,*

---

[283]) Vgl. *Wetzell*, System, § 25, p. 267 ff.; *Bayer*, Vorträge, § 264, p. 877 ff.

[284]) So z. B. in der *badischen* C. P. O. von 1831 (§ 615 litt. 6); ähnlich auch in der *hannöver*'schen (§ 284), wo aber die Unteilbarkeit wiederum verschieden behandelt wurde.

Wallis und *Neuenburg*) leiden teilweise an Unvollständigkeit, indem mit Ausnahme von *Freiburg, Thurgau, Wallis* und *Neuenburg* da, wo beide Haupt-Eidesarten in Geltung stehen (*Bern, Solothurn, St. Gallen* und *Aargau*), einseitig nur für den Schiedseid die Eidesauflage an Personenmehrheiten geregelt wird.

Was den Eid der juristischen Person betrifft, so ist klar, dass dieselbe durch ihre Organe zu schwören hat; sie ganz von der Eidesleistung auszuschliessen, wie dies in *Neuenburg* (C. de proc. civ. Art. 294 Abs. 2) mit Bezug auf alle juristischen Personen, die nicht Handelsgesellschaften sind, geschieht, geht zu weit; mit dem gleichen Rechte, mit welchem man die juristische Person in ihrer Vertretung als prozessfähig[285]) behandelt, darf man doch wol ihrer Vertretung auch die Leistung des Eides zumuten. Jedenfalls liegt der *neuenburgischen* Unterscheidung kein greifbares juristisches Prinzip zu Grunde.

---

[285]) Während *Wach*, Handbuch, p. 540 f., der juristischen Person die Prozessfähigkeit, d. h. die prozessuale Handlungsfähigkeit, vollständig abspricht („die Handlungsfähigkeit ist eine natürliche Eigenschaft der physischen Person, welche der Personenmehrheit oder gar der Stiftung als solcher nun und nimmer zukommt"), tritt *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, p. 733, welcher der juristischen Person Handlungsfähigkeit zuschreibt, für die Prozessfähigkeit derselben ein und mit ihm stimmte auch das Reichsgericht im Erkenntnis vom 14. April 1882 (C. S. Bd. VI, p. 134—142) überein in der Anerkennung der Prozessfähigkeit derjenigen juristischen Personen, welche sich nach dem sie beherrschenden bürgerlichen Rechte durch Verträge verpflichten; gegen die Prozessfähigkeit sprach sich aber der nämliche Gerichtshof aus im Erkenntnis vom 20. Juni 1884 (C. S. Bd. XII, p. 398—400). — Sodald man mit *Gierke* der juristischen Person selbständiges Wollen und Handeln zuschreibt, muss man ihr auch die Eidesfähigkeit zuerkennen, und das tut auch *Gierke* ohne Bedenken (a. a. O., p. 737). Natürlich handelt die Verbandsperson durch ihre Organe, deshalb steht der religiöse Charakter der Eideshandlung, der stets eine sterbliche, physische Person voraussetzt, der Eidesleistung der juristischen Person nicht entgegen. Ohne Zweifel aber kann der Vertreter der juristischen Person mit Wirkung für die letztere über eigene Handlungen und Wahrnehmungen schwören.

Verschiedenheiten in der gesetzlichen Regulirung ergeben sich nur bezüglich der Frage, wie bei der Auswahl der Mitglieder oder Organe zu verfahren sei. Wird der Eid als reines Beweismittel betrachtet, durch dessen Anwendung die Existenz einer Tatsache festgestellt werden soll, so wird der Richter bei der Wahl der schwurpflichtigen Personen in erster Linie darauf sehen müssen, dass wo möglich solche Mitglieder herangezogen werden, welche von der zu beschwörenden Tatsache eigene Kenntnis haben. Hält man aber den Schiedseid oder sogar auch den Noteid (wie es *Zachariae von Lingenthal* für das *französische* Recht tut)[286]) für einen prozessualen Vergleich oder für einen Dispositionsakt überhaupt, so kommt auf jenes Moment nichts an, da es nach dieser Auffassung den Parteien freistehen muss, nach ihrem Belieben diejenigen Personen auszuwählen, von deren Eidesleistung sie die Geltendmachung der zu beschwörenden Tatsache abhängig machen wollen.[287]) Wir finden nun das Requisit des factum proprium (Handlung oder Wahrnehmung) in den Kantonen *Bern* (§ 245), *Schaffhausen* Entwurf (§ 277), *St. Gallen* (Art. 188), *Aargau* (§ 266)[288]) und *Thurgau* (§ 213). In *Schwyz* Entwurf (§ 226 Abs. 2), *Obwalden* (Art. 93), *Zug* (§ 101), *Solothurn* (§ 268), *Baselland* (§ 167) und *Wallis* (C. de proc. civ. Art. 289) werden diejenigen Mitglieder zur Eidesleistung bezeichnet, welche von der zu beschwörenden Tatsache die beste Kunde haben. Unter dieser Voraussetzung überlassen dann allerdings die Kantone *Bern* und *Graubünden* beim Schiedseide dem Deferenten die Wahl des Schwurpflichtigen, während in *Luzern, Obwalden, Zug, Solothurn, Baselland, Aargau* und *Wallis* die juristische

---

[286]) *Zachariä von Lingenthal*, Handbuch IV, § 764 zu Note 5.

[287]) So räumt denn *Bayer*, der auf diesem Standpunkte steht, dem Deferenten das unbedingte Wahlrecht ein. Vorträge, § 264, II., 3.

[288]) Hier wird zwischen eigener Handlung und blosser Kenntnis (§ 265) unterschieden, indem im erstern Falle alle Mitglieder, bei denen das Requisit des factum proprium zutrifft, im letztern aber nur einzelne den Eid zu leisten haben.

Person selber diejenigen ihrer Mitglieder bezeichnet, welche von der zu beschwörenden Tatsache Kenntnis haben. (In *Luzern, Solothurn* und *Wallis* sollen drei bezeichnet werden, von denen dann der Beweisführer eines auswählen darf.) In *Schwyz* Entwurf, *Baselstadt* und wol auch in *St. Gallen* und *Thurgau* (wo darüber nichts bestimmt wird) steht dagegen die Wahl prinzipiell dem Richter zu und dieser ist auch in der Zahl der Schwurpflichtigen nicht beschränkt. Ähnlich sagt übrigens auch *Baselland*, der Richter sei an die Bezeichnung durch die juristische Person nicht gebunden und könne nach freiem Ermessen den Eid einem oder mehreren Mitgliedern übertragen. In dieser Behandlungsweise bekundet sich offenbar die Auffassung, nach welcher der Schiedseid und der Noteid als Beweismittel fungiren sollen. Einzig *Freiburg* (Art. 2195) lässt uns in dieser Beziehung im Zweifel, indem hier weder das Requisit der eigenen Handlung oder Wahrnehmung noch dasjenige der besten Kunde aufgestellt, sondern derjenigen Partei, welche die Leistung des Schieds- oder Noteides fordert, das unbeschränkte Wahlrecht eingeräumt wird. Eine Besonderheit zeigt sich in diesem Kantone zudem noch darin, dass hier die Zahl der zu beeidigenden Mitglieder auf z w ö l f (gewiss genug!) limitirt wird.

Zu den juristischen Personen werden in *Solothurn, Baselland, Schaffhausen* Entwurf, *St. Gallen* und *Graubünden* allgemein die Gesellschaften gezählt.

Die S t r e i t g e n o s s e n s c h a f t sodann wird nur in *Aargau* (§ 264) und im *schaffhauser* Entwurf (§ 277) anders behandelt als die juristische Person. In *Aargau* treffen wir jene Unterscheidung zwischen teilbaren und unteilbaren Streitgegenständen, welche schon die alte *badische* C. P. O. aufgestellt hatte. Wenn hier gesagt wird, dass bei teilbaren Gegenständen jeder Streitgenosse durch die Delation oder Relation des Schiedseides nur über seinen Anteil verfüge, falls die Parteien nicht dahin übereinkommen, dass nur einer oder einzelne schwören, dagegen bei unteilbarem Rechtsverhältnisse die Eidesleistung eines ein-

zelnen Streitgenossen genüge, so liegt darin scheinbar ein Widerspruch zu dem auch im *aargauischen* Rechte geltenden Grundsatze, dass der Eid nicht über Rechtsverhältnisse und Rechte, sondern blos über Tatsachen geschworen werde. Der Widerspruch löst sich aber, wenn man bedenkt, dass in dem Eide über eine einzelne Tatsache, die ja immer eine relevante, d. h. den Entscheid des Prozesses beeinflussende, sein soll, als Reflex auch der Entscheid über das aus jener Tatsache entspringende Recht oder Rechtsverhältnis liegt, so dass die Unterscheidung zwischen teilbarem und unteilbarem Streitgegenstand beim Vorhandensein einer Streitgenossenschaft allerdings als zweckmässig bezeichnet werden muss. Nur gehört dieselbe im Grunde dem materiellen Civilrechte an, denn sie bezieht sich auf die Wirkungen, welche die Eidesleistung eines oder mehrerer Streitgenossen auf das der Streitgenossenschaft zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ausübt. Ist das letztere ein teilbares, in dem Sinne, dass auch das Urteil pro partibus divisis der einzelnen Streitgenossen gefällt werden muss, so kann logischerweise der Eid eines Einzelnen nur für diesen selbst wirken, während es anderseits keinen Sinn hat, alle Streitgenossen schwören zu lassen, wo durch den Eid eines einzelnen wegen der Unteilbarkeit des aus der beschworenen Tatsache entspringenden Rechtes das streitige Rechtsverhältnis für alle (pro partibus indivisis) entschieden wird.

Der *schaffhauser* Entwurf hat die nämliche Unterscheidung vor Augen, indem er — offenbar nach dem Vorbild des gleichlautenden Art. 147 Ziff. 3 des *bundesgerichtlichen* Civilprozesses — vorschreibt, dass von mehreren Streitgenossen jeder für sich schwöre, dass jedoch der Eid eines Einzigen genüge in Verhältnissen, in denen er durch seine Handlungen die andern verpflichte. (Hier tritt der materiellrechtliche Charakter der Unterscheidung klar hervor.) Den gleichen Gedanken verfolgen wol auch die Kantone *Bern* und *Thurgau*, welche den Eid der Streitgenossen nur insofern in gleicher Weise, wie denjenigen der juristischen Person behandeln, als jene in

einem Solidarverhältnisse unter einander sich befinden, und *St. Gallen*, wo Streitgenossen und Anteilhaber für ihre Mit- oder Nebenberechtigten und -Verpflichteten schwören können.

Die französischen Kantone endlich (*Freiburg* Art. 2208, *Waadt* Art. 1018, *Wallis* Art. 1243, *Neuenburg* Art. 1113 und *Genf* Art. 1365) behandeln unter den Wirkungen des Eides das Verhältnis zwischen Solidargläubigern und zwischen Solidarschuldnern je unter einander, sowie dasjenige zwischen Hauptschuldner und Bürgen. Sie bestimmen dabei (wie der C. c. fr. Art. 1365), dass der Eid über die jene Verhältnisse begründende Schuld, den ein Solidargläubiger einzeln dem Schuldner deferirt, den letztern nur für den jenem Gläubiger zukommenden Teil befreie, dass dagegen der vom Solidarschuldner geschworene Eid den Mitschuldnern zu Gute komme, wie auch der Eid des Hauptschuldners dem Bürgen und umgekehrt derjenige des Bürgen dem Hauptschuldner nütze. Aus dieser Spezialnormirung ergibt sich, dass in den genannten Verhältnissen nur da ein Einzelner wirksam schwören kann, wo der Eid zu Gunsten eines Andern ausfällt, nicht aber auch da, wo durch denselben ein Anderer verpflichtet wird. In *Wallis* und *Neuenburg* aber gelten natürlich für die rein prozessuale Seite der Eidesleistung ausschliesslich die oben erwähnten Bestimmungen ihrer (spätern) Civilprozessordnungen.

Wenn die hier nicht aufgezählten Kantone (*Uri, Schwyz, Nidwalden, Glarus, Schaffhausen* und *Tessin*) den Fall der Personenmehrheit, worunter der Kürze halber im Vorigen auch die juristische Person begriffen wurde, in ihrer Eideslehre nicht hervorheben, so kann dies aus keinem andern Grunde geschehen, als dass auch dieser Punkt dem Ermessen des Richters überlassen bleiben soll. Offenbar hat sich der Gesetzgeber hier von der Erwägung leiten lassen, dass die Vorschriften des materiellen Civilrechtes dem Richter genügende Anhaltspunkte zur zweckentsprechenden Regulirung der rein prozessualen Seite der Sache an die Hand geben. So hat denn auch die D. R. C. P. O. die Eidesleistung von Personenmehrheiten

im wesentlichen der konkreten ins freie Ermessen gestellten Anordnung des Richters überlassen (§§ 434 und 438). De lege ferenda ist die letztgenannte Normirung jedenfalls vorzuziehen, denn in der Tat kann die prozessuale Regelung der vorwürfigen Frage nur vom Boden des materiellen Rechtes aus erfolgen, da eben alles, was hier vom gewöhnlichen Verfahren abweichend zu regeln ist, sich auf die Wirkungen des Eides bezieht und diese naturgemäss materiellrechtlichen Charakters und von Fall zu Fall in Betracht zu ziehen sind.

3. Eine weitere Frage, welche beide Haupteidesarten in gleicher Weise berührt, bezieht sich auf die Art der Fassung der Eidesnorm. Der Eid kann nach dem Stande der früheren und gegenwärtigen Gesetzgebung und Gerichtspraxis über die Wahrheit der zu beweisenden Tatsache, über das Wissen derselben oder endlich auch über das Glauben (oder Überzeugtsein von) derselben geschworen werden und zwar jeweilen in positiver oder negativer Form: Ich schwöre, dass wahr oder nicht wahr ist; ich schwöre, dass ich weiss oder nicht weiss; ich schwöre, dass ich glaube oder nicht glaube. Alle Formen sind in der Prozessgesetzgebung und in der Praxis vertreten; am seltensten findet sich die Fassung des Wissens der Tatsache vor und in der Tat kann der Form: „ich schwöre, dass ich weiss“ gegenüber dem Wahrheitseide (ich schwöre, dass wahr ist) keine selbständige Bedeutung beigemessen werden, da die Behauptung des Wissens von der Existenz einer Tatsache mit derjenigen des Wahrseins der Tatsache identisch ist. Ganz anders gestaltet sich das Verhältnis zwischen dem negativen Wissenseide und dem negativen Wahrheitseide. Das Nichtwissen schliesst das Wahrsein durchaus nicht aus und umgekehrt liegt in der Behauptung des Nichtwahrseins gerade die Behauptung des Wissens — allerdings nicht der Existenz, sondern der Nichtexistenz — der Beweistatsache; die beiden Formen sind demnach vollkommen selbständig.

Die gegenwärtige schweizerische Civilprozessgesetzgebung ist nun in der Regelung der eben erörterten verschiedenen Eidesnormen ziemlich selbständig verfahren, selbständig wenigstens gegenüber der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis. Während diese nämlich den Eid in allen vorbezeichneten Formen, mit Ausnahme derjenigen des positiven Wissenseides, zulässt, ist in der Schweiz der vielangefochtene Glaubenseid, das sogenannte iuramentum credulitatis, in seiner gemeinrechtlichen Form gar nirgends adoptirt worden und nur ein einziger Kanton *(Bern)* kennt den dem Glaubenseid am nächsten stehenden Überzeugungseid. Schon die *französische* Kodifikation hatte dem Kredulitätseid die Aufnahme versagt[289]) und nach ihrem Vorbild auch die *badische* C. P. O. von 1831. Die berühmte *hannöver*'sche Prozessordnung hat sich nicht auf diesen Standpunkt gestellt; sie stellt nämlich neben dem Wahrheitseid und dem Eid des Nichtwissens über facta aliena, die der Gegner behauptet hat, denjenigen des „nicht anders wissen und nicht anders glauben" für solche facta aliena auf, die vom Schwörenden selbst behauptet worden sind (§ 288). Damit entfernte sie sich nicht unwesentlich von der gemeinrechtlichen Normirung, da der Eid des Nichtanderswissens, der in *Hannover* mit dem Kredulitätseide stets verbunden ist, ein Erforschen der Wahrheit auf Seite des Schwurpflichtigen voraussetzt, was bei dem einfachen Glaubenseide nicht der Fall ist. Einen bedeutenden Schritt weiter hat die *bairische* C. P. O. von 1869 gemacht, welche die Eideszuschiebung prinzipiell nur über eigene Handlungen und unmittelbare Wahrnehmungen des Schwurpflichtigen zulässt, und den Eid über facta aliena nur bezüglich derjenigen Tatsachen, welche in Handlungen derjenigen Personen, für die der Schwurpflichtige haftet, sowie in solchen der gesetzlichen Vertreter bestehen, gestattet, sofern im letztern Falle der Schwur-

---

[289]) Eine die Regel bestätigende Ausnahme bildet C. de com. Art. 189. In C. c. Art. 2275 wird der Eid des Nichtwissens für einen bestimmten Fall aufgestellt. Abgesehen von diesen beiden vereinzelten Abweichungen findet sich sonst überall nur der Wahrheitseid.

pflichtige vermöge seiner einschlägigen Dienstes- oder Geschäftsführung Kenntnis erlangt hat oder sich verschaffen kann (Art. 454). Überdies geht der Eidesleistung hier eine genaue und vollständige Angabe des Sachverhältnisses voran und jene selbst hat dahin zu lauten, dass der Schwurpflichtige nichts oder nichts weiteres als das Angeführte getan oder wahrgenommen habe. Nur dann, wenn dem Schwurpflichtigen nach den Umständen des Falles die Ableistung des Eides über facta propria nicht wol zugemutet werden kann, hat das Gericht auf Antrag anzuordnen, dass der Eid blos über das Nichtwissen oder Nichterinnern zu leisten sei (Art. 455). Ist der Eid über facta aliena (soweit er vom Gesetze zugelassen wird) zu leisten, so hat der Schwurpflichtige die ihm zu Gebote stehenden Mittel zur Erforschung der Wahrheit anzuwenden und nach genauer und vollständiger Angabe des etwa Erforschten zu schwören, dass ihm ungeachtet gewissenhafter Nachforschung von den Tatsachen, welche Gegenstand der Eideszuschiebung sind, nichts oder nichts weiteres als das Angegebene bekannt sei (Art. 456). Eigentümlich ist dieser *bairischen* Normirung, dass die Eidesnorm regelmässig weder in der Behauptung des Wahrseins noch in derjenigen des Glaubens besteht, sondern in der Erzählung der Tatsache selbst oder deren Wahrnehmung. Diese Fassung lässt den Eid dem Zeugnisse sehr ähnlich erscheinen: Die schwurpflichtige Partei berichtet über ihre eigenen Handlungen und Wahrnehmungen wie der Zeuge, sie beschwört ihre Aussage nicht anders als dieser. Im übrigen aber sind die Bestimmungen über Zu- und Rückschiebung des Eides ganz die nämlichen wie im gemeinen Prozesse, so dass wir nicht etwa das (englisch-amerikanische) System der eidlichen Parteienvernehmung, des eidlichen Parteienzeugnisses vor uns haben; vielmehr weist jene Formulirung nur darauf hin, dass der Eid vom Gesetzgeber als wahres Beweismittel betrachtet wurde, das auf die Überzeugung des Richters einzuwirken geeignet sein sollte. Das letztere ist allerdings da eher der Fall, wo dem Richter über eine Tatsache als eigene Handlung oder Wahr-

nehmung vom Schwörenden berichtet wird, als da, wo die Partei blos das Wahrsein oder gar nur das Glauben einer Tatsache beschwört. Dieses *bairische* System ist hier deshalb näher besprochen worden, weil es einerseits eine interessante Mittelstufe in der Entwicklung des Glaubenseides bildet, die auch in der Schweiz auftritt, und weil anderseits ganz ähnliche Erscheinungen wie die Ähnlichkeit mit dem Zeugnisse sich zum Teil in noch prägnanterer Form in den Kantonen *Bern, Freiburg* und *Waadt* vorfinden.

Der deutsche Reichsprozess nimmt in der Lehre vom Glaubenseide eine ziemlich eigentümliche Stellung ein. Die Materialien der Reichsjustizgesetzgebung geben Zeugnis von vielen und harten Kämpfen über das Institut des Kredulitätseides. Unumwunden wurde das Vorhandensein einer wahren „Eidesnot“, eines „Notstandes des Eidesrechtes“ [290]) anerkannt; unumwunden wurde auch von Praktikern zugegeben, dass hauptsächlich die unbeschränkte Zulassung der Glaubenseide Schuld sei an der Eideskalamität. Ja, einzelne Kommissionsmitglieder gingen so weit, zu erklären, theoretisch sei der Glaubenseid ausnahmslos zu verwerfen. Es wurde aber gefunden, die Beibehaltung desselben in dem vom Gesetze aufgestellten Umfange (über Handlungen und Wahrnehmungen des Rechtsvorgängers oder Vertreters) empfehle sich wegen des praktischen Bedürfnisses und durch die Erwägung, dass der Rechtsnachfolger Gelegenheit habe, von dem Wissen seines Rechtsvorgängers sich zu überzeugen. Andere dagegen verteidigten die gemeinrechtliche Unbeschränktheit der Glaubenseide und schrieben die Schuld an der Eidesnot vorzugsweise der Ungeschicklichkeit der Richter zu, welche die Parteien nicht veranlassen, klar ihre Meinungen vorzutragen, wodurch sich manche scheinbare Differenz auflösen würde. [291]) Im Gesetze wurde schliesslich der im bundesrätlichen Entwurfe schon

---

[290]) Vgl. Motive, p. 274; bei *Hahn*, II, 1, p. 330.

[291]) Vgl. Prot. der Kommission, Erste Lesung, p. 166; bei *Hahn*, II, 1, p. 656 f.

aufgestellte Grundsatz adoptirt, dass der Eid nur über facta propria und über facta des Rechtsvorgängers oder Vertreters[292]) zugeschoben werden könne (§ 410). Damit ist nun das Anwendungsgebiet der Glaubenseide auf ein kleines Territorium beschränkt worden,[293]) wie es in wenig weiterem Umfange auch in Bayern und — nach der Mitteilung des ehemaligen Abgeordneten Becker — in gleicher Weise schon seit 1858 in Oldenburg[294]) geschehen war; denn der Eid über eine eigene Tatsache ist immer als Wahrheitseid zu schwören, der Schwurpflichtige muss ja wissen, ob die Tatsache, welche in einer eigenen Handlung oder in einer eigenen Wahrnehmung besteht, wahr sei oder nicht;[295]) umgekehrt aber kann eine fremde Handlung oder Wahrnehmung, d. h. eine Tatsache, von welcher der Schwurpflichtige nichts oder wenigstens nichts aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung weiss, nicht Gegenstand eines Wahrheitseides sein, daher fallen denn alle Eide über facta aliena, die nicht solche des Rechtsvorgängers oder Vertreters der schwurpflichtigen Partei sind, weg. Der Eid über facta

---

[292]) D. R. C. P. O., § 410: Die Eideszuschiebung ist nur über Tatsachen zulässig, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen, oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind.

[293]) Freilich wird in der Praxis der § 410 extensiv interpretirt, indem z. B. auch über die Handlung des Vertreters eines Rechtsvorgängers des Probaten die Eideszuschiebung gestattet wird. Vgl. Entsch. des Reichsgerichts v. 1. XI. 1882 (Bd. VIII, p. 343) und neuerdings Urteil des O. L. G. zu Hamburg v. 5. IV. 1889 (Seuff. Arch. XLIV, No. 231).

[294]) Vgl. Prot. der Kommission. Erste Lesung, p. 166; bei *Hahn*, II, 1, p. 657. Von dieser Beschränkung der Glaubenseide habe man in *Oldenburg* nur segensreiche Folgen verspürt.

[295]) Wie in *Bayern*, so wird auch in der *deutschen* R. C. P. O. der Möglichkeit, dass dem Schwurpflichtigen der Wahrheitseid über ein factum proprium nach den Umständen des Falles (die Tatsache liegt z. B. zeitlich sehr weit zurück) nicht zugemutet werden kann, in der Weise Rechnung getragen, dass alsdann die Leistung eines Glaubenseides gestattet werden kann. Nach deutschem Recht geschieht übrigens das letztere nur dann, wenn die betr. Tatsache vom Gegner des Schwurpflichtigen behauptet worden ist.

aliena wird nun aber nicht mehr nach der alten Glaubensform geschworen, sondern muss dahin geleistet werden, dass der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, dass die Tatsache wahr sei: positiver Überzeugungseid des Relaten, negativer des Delaten (§ 424). Diese Regelung stimmt nun vollständig mit der Auffassung des Eides als eines Beweismittels überein, denn gerade die Beschränkung des Glaubenseides soll — abgesehen von ihrer rechtspolitischen Tragweite — eine bessere Garantie für die Bildung richterlicher Überzeugung gewähren. Allein wenn schon die Motive erklärten, dass jene Auffassung nicht mit voller Konsequenz durchgeführt und bei der Regelung einzelner Bestimmungen (aus Zweckmässigkeitsrücksichten) dem römisch-rechtlichen Gesichtspunkte von der Vergleichsnatur des Eides Einfluss gestattet worden sei,[296]) so trifft das letztere noch viel mehr zu mit Bezug auf die definitive Normirung der Eideslehre, nach welcher, entgegen den Intentionen des bundesrätlichen Entwurfes, das Gericht anordnen kann,[297]) dass die Beschränkung der Glaubenseide nicht in Anwendung kommen solle, wenn die Parteien in Betreff des zu leistenden Eides einig sind und der Eid sich auf Tatsachen bezieht (§ 415). Da hört nun die Beweismittelqualität ganz auf und die Natur eines prozessualen Dispositionsaktes tritt an ihre Stelle. Der Eid hat also im deutschen Reichscivilprozess einen doppelten Charakter; bald tritt er als Beweismittel — wenn die Parteien von der Fakultät des § 415 keinen Gebrauch machen —, bald als Dispositionsakt — im Falle des § 415 — auf: eine Erscheinung, die sich nirgends sonst vorfindet und von einzelnen Prozessualisten sehr beklagt wird.[298]) Für die Entwicklung der Lehre vom Glaubenseide ist sie jedoch höchst

---

[296]) Motive, p. 275; bei *Hahn*, II, 1, p. 331.

[297]) „kann" — das Gericht ist also an die Vereinbarung der Parteien nicht gebunden.

[298]) So z. B. von *Endemann*, Der deutsche Civilprozess, II, p. 310.

charakteristisch und deshalb ist hier auch das neue deutsche System erörtert worden. Sie zeigt nämlich, dass da, wo man dem Eide Beweismittelnatur zuschreibt, die Glaubenseide für möglichst untunlich gehalten werden, dass dagegen der Charakter eines Dispositionsaktes sich mit denselben sehr wol vereinigen lässt. In der Tat muss es als vollständig gleichgültig bezeichnet werden, ob die Parteien die Geltendmachung einer rechtserheblichen Tatsache von einem Glaubenseide oder von einem Wahrheitseide abhängig machen wollen, so lange nur die Vereinbarung der Parteien auf beiden Seiten eine freiwillige ist und kein gesetzlicher Zwang hinzutritt. Als Beweismittel aber ist der Glaubenseid durchaus untauglich, weil die Erklärung, dass eine Partei eine Tatsache für wahr halte, unmöglich eine richtige Überzeugung von der Wahrheit der Tatsache hervorrufen kann. Das hat man übrigens auf Seite der Theoretiker schon längst eingesehen,[299]) allein in der gemeinrechtlichen Praxis und zum Teil auch in der Gesetzgebung ist man bis auf den deutschen Reichsprozess nie konsequent darauf eingegangen, sondern hat den Glaubenseid als erzwingbares Beweismittel beibehalten.

Es ist bisher nur vom Schiedseide gesprochen worden, weil in Theorie und Gesetzgebung die Lehre vom Glaubenseide hauptsächlich und mancherorts ausschliesslich nur für diese Eidesart besonders behandelt wird. In der gemeinrecht-

---

[299]) *Savigny*, System, VII, p. 75, hält den Glaubenseid für „völlig verwerflich“; *Bayer*, Vorträge, § 264, 6 ad b, p. 889 f. sagt bei Besprechung der Zulässigkeit des Glaubenseides: „Ob aber dieser (sc. der Delat) auch schuldig ist, sich bei Vermeidung der gewöhnlichen Nachteile der Recusation darauf einzulassen, ist eine andere Frage, für deren Verneinung sich zwar erhebliche allgemeine Gründe anführen lassen (welche auch den Verfasser früher dazu bewogen hatten, der verneinenden Meinung beizutreten), die aber von dem geschichtlichen und positiven Standpunkt aus dennoch bejaht werden muss.“ — Dem Gesetzgeber hätte der blosse Umstand, dass der Glaubenseid einmal (in unrichtiger Weise) angewendet worden ist, nicht ausschlaggebend sein sollen für dessen Beibehaltung.

lichen Theorie wird der Glaubenseid sowol für den Schieds- wie für den **Noteid** als praktikabel bezeichnet.[300]) Ebenso wird er in der oben erwähnten modifizirten Gestalt auch von der *hannöver*'schen C. P. O. für den Noteid aufgestellt (§ 301). Dagegen schliesst ihn für die letztere Eidesart die *bairische* Prozessordnung in Art. 469 ausdrücklich aus, indem sie den Erfüllungseid des Beweisführers (den Reinigungseid kennt sie nicht) nur über die eigenen Handlungen und Wahrnehmungen desselben zulässt. Die deutsche Reichscivilprozessordnung gibt dem Gerichte die Befugnis, unter den Voraussetzungen des § 437 „der einen oder andern Partei über eine streitige Tatsache einen Eid aufzuerlegen"; daher ist die Eidesauflage über alle streitigen Tatsachen, seien es facta propria oder facta aliena, möglich und dem Überzeugungseide, dessen in § 424 festgestellte Norm für den richterlichen Eid (durch § 439) ausdrücklich als anwendbar erklärt wird, im Gebiete des Noteides der freieste Spielraum gewährt. Die Motive sagen über die unbeschränkte Zulassung der Überzeugungsform beim Noteide unter Hinweisung auf die Motive zum norddeutschen Entwurf einfach: „die Gründe für die Beschränkung der Ignoranz- und Glaubenseide treffen nur die Eideszuschiebung".[301]) Das letztere trifft aber m. E. nur dann zu, wenn man durch die Beschränkung der Kredulitätseide lediglich die allzu grosse Zahl der Eide überhaupt in bestimmte Schranken bannen will, denn wenn dies der einzige Zweck ist, so brauchen die Schranken allerdings nur im Gebiete des Schiedseides gezogen zu werden, weil beim Noteide das über die Eidesauflage schaltende Ermessen des Richters den nötigen Schutz vor Missbrauch darbietet. Allein wenn man den Noteid als ein überzeugungsbildendes Beweismittel auffassen will — wie es von der D. R. C. P. O. zweifellos geschieht —, so muss man der Kredulitätsform, weil sie als solche keine irgendwie befriedigende und

---

[300]) Vgl. *Wetzell*, System, § 25, p. 265; *Renaud*, Lehrbuch, § 129.
[301]) Motive, p. 287; bei *Hahn*, II, 1, p. 340.

ausreichende Überzeugung zu schaffen im Stande ist, für den Noteid jede Berechtigung versagen, wie es die *bairische* C.P.O. getan. In ganz sonderbarer Weise hat — um das hier gleich vorweg zu nehmen — die neue C. P. O. von *Bern* in § 266 für die Formel des Noteides vorgeschrieben, sie müsse die Behauptung enthalten, dass der Schwörende die betreffende Tatsache nach seiner besten Überzeugung für wahr oder für unwahr halte. Sie hat also für den Noteid die Glaubensformel aufgestellt, während der Schiedseid stets als Wahrheitseid zu schwören ist. Warum für den Noteid nicht die nämliche Formel aufgestellt wurde, wie für den Schiedseid, ist mir unbegreiflich. Das richterliche Ermessen soll wol auch hier nach der Intention des Gesetzgebers alle Garantien für eine zweckmässige Eidespraxis darbieten.

Wir haben gesehen, dass in der ausserschweizerischen Prozessgesetzgebung sich die Tendenz geltend gemacht hat, nach welcher die Eidesleistung, zumal beim Schiedseide, nur über facta propria des Schwurpflichtigen zu erfolgen hat. Vollkommen durchgeführt fanden wir diesen Grundsatz nur in *Frankreich*, während in *Bayern* und im neuen Reichsprozess auch über facta von Vertretern und Rechtsvorfahren Eide zugelassen werden. Nun kennen aber zahlreiche und namentlich schweizerische Civilprozessordnungen ein Mittel, das an Stelle des Glaubenseides und zum Teil mit der gleichen Funktion, wie der letztere aufgestellt wird und das — zwar nicht in bestimmter und unbestrittener Gestalt — auch im gemeinen Prozesse scheint vorgekommen zu sein: den **Ignoranzeid.** Seine Bedeutung wird von *Bayer*[302]) mit etwelcher Unbestimmtheit dahin charakterisirt, dass er je nach der Intention der Parteien entweder die Wirkung eines Wahrheitseides oder blos diejenige eines speziellen Gefährde- (d. h. Calumnien-) Eides, im Zweifel aber nur die letztere habe; *Wetzell*[303]) anerkennt ihn als Äqui-

---

302) Vgl. *Bayer*, Vorträge, § 265 II, 6 ad a, p. 889.

303) *Wetzell*, System, § 25, p. 265 (Note 55: Alter).

valent des Glaubenseides nicht und sagt, er sei eigentlich nur eine eidliche Entschuldigung des Leugnens; das Alter des Ignoranzeides geht nach diesem Schriftsteller nicht über das letzte Viertel des achtzehnten Jahrhunderts hinaus.

Die älteste Quelle für unsere schweizerischen Ignoranzeide dürfte wol die *österreichische* allgemeine Gerichtsordnnng von 1781 sein, die den Ignoranzeid mit der Funktion eines Glaubenseides eingeführt hat, indem sie in § 206 bestimmt:

> Jener, welcher den Haupteid angenommen hat, ist nur schuldig, die von Gegenseits beigebrachten Umstände seines Wissens und Erinnerns eidlich zu widersprechen; wenn er aber die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu beschwören hätte, müsste er den Eid ohne allen Beisatz ablegen.

Das Gebiet für den Ignoranzeid ist das *iuramentum litis decisorium,* denn es ist klar, dass der Richter diese Form nicht brauchen kann, um sich von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache zu überzeugen. Schon *Savigny*[304]) führt zur Verteidigung des Ignoranzeides gegenüber dem von ihm verworfenen Glaubenseide nur aus, dass er unbedenklich sei, wenn sich der Zuschiebende damit begnügen wolle, dass durch das blosse Nichtwissen des Gegners die Sache entschieden werde, wenn er also die Zuschiebung auf eine solche Eidesform richte oder die richterliche Verwandlung des zugeschobenen Eides in diese Form genehmige. Damit befindet sich *Savigny* aber unmittelbar auf dem Boden des rechtsgeschäftlichen und nicht mehr auf demjenigen des Beweiseides. In der Tat lässt sich eine Normirung, nach welcher die blosse eidliche Erklärung, dass man die vom Gegner behauptete Tatsache nicht wisse, den Streit über die Existenz der Tatsache entscheidet, nur bei der Anerkennung des Eides als eines eidlichen Dispositionsgeschäftes rechtfertigen. Die in der Hand der Partei liegende Möglichkeit, den richterlichen Eid in der Form eines Ignoranz-

---

[304]) *Savigny*, System, a. a. O.

eides schwören zu lassen, würde einer Umwandlung des Noteides in einen Haupteid der Wirkung nach gleichkommen, und nach den heutigen Anschauungen über die Natur des Noteides kann eine solche nicht mehr anerkannt werden, denn der Richter soll in der Auflegung des Noteides einzig und allein vom richterlichen Standpunkte und nicht von demjenigen der Parteien ausgehen, mit andern Worten hört nach der richtigen Auffassung die Parteidisposition beim Noteid auf und tritt das richterliche Ermessen an deren Stelle.[305])

Wir treffen nun in der *Schweiz* die Erscheinung, die wir in ähnlicher Gestalt oben in *Hannover* kennen gelernt haben, dass an zwei Orten,[306]) in *Baselland* und in *St. Gallen,* der Noteid in der Form eines Ignoranzeides geschworen werden kann.

Baselland, das nur den Noteid kennt, stellt in § 162 die Eidesformel in Gestalt eines Wahrheitseides auf, fügt aber hinzu:

> Soll eine Partei die Nichtkenntnis einer Tatsache beschwören, so muss in dem vorzulesenden Protokoll ausdrücklich gesagt sein, dass sie sich ernstlich beflissen, von der Tatsache Kenntnis zu bekommen, aber dessenungeachtet nichts anderes habe entdecken können, als was sie darüber angegeben.

Offenbar soll der auch beim Glaubenseid vorkommende Zusatz, welcher die Partei zur Nachforschung über die zu beschwörende Tatsache verpflichtet, dem Noteide die Natur eines Wahrheitseides suppeditiren. Der Umstand aber, dass eine Partei in ihren Nachforschungen nach einer ihr unbequemen

---

[305]) Dass gemeinrechtlich auch Noteide über Glauben und Nichtwissen auferlegt werden können, erklärte das O.-A.-G. zu Darmstadt durch Erkenntnis v. 2. März 1870 (bei Seuff. Arch. XXIV, 100).

[306]) Dem Wortlaute des Civilgesetzbuches nach könnte auch in *Freiburg* der Noteid in Ignoranzform geschworen werden (Art. 2192), dagegen zeigt die Civilprozessordnung dieses Kantons, dass der Eid stets die Form eines Wahrheitseides annimmt. Über das eigentümliche Verfahren siehe unten.

Tatsache resultatlos geblieben und dass sie dieses negative Resultat beschwört, scheint mir doch keine befriedigende Überzeugung bilden zu können.

In *St. Gallen,* wo der sogenannte Parteieid in ganz eigentümlicher, unten zu besprechender Weise normirt wird, sollen (Art. 184) in den Entlastungseid des Probaten die Schwörsätze so eingeschaltet werden, dass sie die tatsächlichen Behauptungen des Beweisführers verneinen oder das Nichtwissen des Schwörenden darüber aussprechen. Nach Art. 180 ist der Eid des Nichtwissens dann zu leisten, wenn die schwurpflichtige Partei keine persönliche Wahrnehmung über die betreffende Tatsache gemacht haben konnte. Der Noteid wird übrigens hier (unter gewissen Voraussetzungen) vom Beweisführer und nicht vom Gericht deferirt, ja das Gericht darf an den Schwörsätzen des Probanten nicht einmal etwas ändern (Art. 182); trotzdem aber fungirt er als Noteid und kann als solcher nicht zurückgeschoben werden.

In den übrigen Kantonen, welche den Noteid kennen, finden wir nirgends sonst den Ignoranzeid; dass in *Bern* die Glaubensformel für den richterlichen Eid verwendet wird, ist bereits angegeben worden. Die Kantone *Baselstadt, Schaffhausen* und *Tessin* enthalten keine Bestimmungen über die Fassung der Eidesnorm beim Noteide; danach muss m. E. die Ignoranzform hier ausgeschlossen bleiben, da diese nach den obigen Ausführungen richtigerweise nur für den als Dispositionsakt aufgefassten Schiedseid verwendbar ist. Wie sich die Gerichtspraxis der genannten Kantone in dieser Frage verhalte, ist mir unbekannt. Die in der *walliser* C. P. O. Art. 288 erwähnte Ignoranzerklärung bezieht sich auf den Schiedseid. In allen übrigen Kantonen wird für den Noteid ausdrücklich die Wahrheitsformel aufgestellt (*Schwyz* § 277, Entwurf § 232, *Obwalden* Art. 96, *Glarus* § 204, *Zug* § 105 und *Freiburg* C. de proc. civ. Art. 327 enthält nur die Wahrheitsformel, *Aargau* § 255, *Thurgau* § 215, *Waadt* C. c. Art. 1019, *Neuenburg* C. P. O. Art. 299 und *Genf* Art. 174).

Für den Schiedseid sehen wir die Ignoranzform in acht Kantonen verwendet, nämlich in *Luzern* (§ 183), *Freiburg* (C. c. Art. 2192)[307]), *Solothurn* (§ 275), *Graubünden* (§ 209), *Aargau* (§ 238), *Thurgau* (§ 221), *Tessin* (Art. 260) und *Wallis* (C. P. O. Art. 288). Die Bedeutung des Ignoranzeides in diesen Kantonen ist aber eine verschiedene. Es sind zwei Gruppen zu unterscheiden:

a) die Kantone *Aargau, Thurgau, Tessin, Freiburg, Luzern, Solothurn* und *Wallis*. Hier fungirt der Ignoranzeid mit der Wirkung eines Wahrheitseides.[308]) *Aargau* repräsentirt die älteste Form des Ignoranzeides. Der Wortlaut des § 238 zeigt aufs deutlichste dessen österreichische Herkunft:

> Derjenige, welcher den Haupteid angenommen hat, soll schwören: „Er wisse und erinnere sich nicht, dass die vom Gegner behaupteten Tatsachen, in Bezug auf welche er sich beflissen habe, die Wahrheit zu erforschen, wahr seien.“ — Wenn er aber seine eigenen Behauptungen zu beschwören hat, so muss er die Wahrheit derselben mit dem Eide bekräftigen.

Neu ist gegenüber *Österreich* die Versicherung des Schwörenden, dass er sich beflissen habe, die Wahrheit bezüglich der zu beschwörenden Tatsache zu erforschen, jene Versicherung, welche die Gesetzgebung in dem Bewusstsein, dass doch auch der Ignoranzeid einigen Anhalt zur Bildung einer richterlichen Überzeugung bieten müsse, schon ziemlich früh

---

[307]) Die Bemerkung in voriger Note trifft zwar auch hier zu, allein da das *freiburgische* Civilgesetzbuch einmal von einem Eide über das Bewusstsein dritter Personen spricht, so müssen wir *Freiburg* in diesem Zusammenhange erwähnen.

[308]) Dasselbe war nicht nur nach der Gerichtspraxis verschiedener deutscher Staaten (vgl. Seuff. Arch. I, 293; XXIV, 171; XXIX, 183; XXXII, 296), sondern auch in einzelnen deutschen Gesetzgebungen der Fall, so in *Preussen* nach der allg. *preuss.* G. O. von 1793 (I, 10, §§ 312, 313, vgl. *Koch*, preuss. Civilproz., p. 457) und in *Bremen* nach der dortigen G. O. von 1820 (vgl. Seuff. Arch. XXIV, 171).

allgemein aufgenommen hat.[309]) Die Dispositionsnatur tritt hier nicht in erkennbarer Weise hervor, vielmehr ist es mehr als wahrscheinlich, dass dem Gesetzgeber bei Adoptirung der Ignoranzformel nur der Beweismittelcharakter vorgeschwebt hat, denn sonst wäre jene Versicherung kaum hinzugefügt worden, da ja der Eid in seiner Auffassung als Dispositionsakt mit der Wahrheit der das Beweisthema bildenden Tatsache prinzipiell nichts zu tun hat. Erst sekundär kommt hier in Betracht, dass die streng religiöse Natur des Eides den Delaten vor einem Meineide zurückschrecken, also zur Angabe der Wahrheit stimuliren soll. Man wollte in *Österreich* wie in *Aargau* den Schiedseid nicht auf diejenigen Fälle beschränkt wissen, in welchen der Delat eigene Kenntnis von der zu beschwörenden Tatsache hat, und griff deshalb zu dem Mittel des Ignoranzeides, der es erlaubt, über alle und jede Tatsache den Eid zu deferiren, wie es andere Gesetzgebungen mit dem Glaubenseide versucht haben. Wie anderwärts der Glaubenseid, so ist hier der Ignoranzeid Ersatzmittel für den bei facta aliena unzulässigen Wahrheitseid. Diese Eigenschaft des Ignoranzeides wird jedoch in *Aargau* so wenig wie in *Österreich* richtig durchgeführt, denn an Stelle des factum proprium sehen wir an beiden Orten die eigene Behauptung als Massstab für die Entscheidung der Frage, ob die Wahrheit oder das Nichtwissen der Tatsache zu beschwören sei, verwendet. Wenn man daran festhält, dass die Wahrheit einer Tatsache nur von demjenigen beschworen werden kann, welcher von derselben eigene Kenntnis hat, so muss man die österreichische Normirung verwerfen, denn wenn es auch in den meisten Fällen zutreffen mag, dass die eigene Behauptung zugleich ein factum proprium betrifft, so ist dieses Zusammentreffen eben

---

[309]) So schon die in vor. Note erwähnten Prozessgesetze von *Preussen* und *Bremen*. In der gemeinrechtl. Gerichtspraxis erklärten sich die einen (Seuff. Arch. I, 293; XXXII, 296) für, die andern (Seuff. Arch. XXIV, 171) gegen diesen Zusatz aus.

doch kein notwendiges und ebenso kann umgekehrt die Behauptung des Deferenten eine dem Delaten persönliche Tatsache zum Gegenstande haben.

Konsequent dagegen verfährt *Thurgau*, ein Kanton, welcher die Zuschiebung, sowie die Zurückschiebung des Eides nur über facta propria (darunter sind stets sowol Handlungen als auch Wahrnehmungen zu verstehen) des Schwörenden zulässt (§ 220). Auf den Umstand, ob die Tatsache vom Deferenten oder vom Delaten behauptet worden sei, kommt nichts an. Der Delat hat regelmässig zu schwören, dass die vom Beweisführer aufgestellten Behauptungenun wahr seien (§ 221). Handelt es sich um ein Nichtwissen, fährt der cit. Paragraph fort, so hat der Eidesleistende zu beschwören:

> „dass er in Betreff der Tatsachen, hinsichtlich welcher er das Nichtwissen behauptet, nämlich . . ., sich und die Wahrheit ernstlich erforscht habe, dass er aber dessen ungeachtet zu keinem andern Ergebnis gelangt sei, als was von ihm vorgebracht werde."

Es könnte im ersten Momente auffallen, dass trotz der Beschränkung des Haupteides auf facta propria des Schwörenden hier der Ignoranzeid noch aufgestellt wird, allein das ist eine durchaus begreifliche Erscheinung. Es kann ja vorkommen, dass der Delat eine Tatsache, von der er früher einmal Kenntnis gehabt, so vollkommen vergessen hat, dass er trotz ernstlichen Nachforschens sich derselben nicht mehr erinnert, von derselben im Momente, da er den Eid leisten sollte, nichts weiss; in solchen Fällen ist der Ignoranzeid wol am Platze. Freilich haftet ihm da, wie überall, der Mangel an Überzeugungskraft an, obschon er offenbar auch hier nicht sowol Dispositionsakt, als vielmehr Beweismittel sein soll.

Tessin unterscheidet sich von *Thurgau* darin, dass es, wie der gemeine Prozess bezüglich des Glaubenseides es tut, den Ignoranzeid für die Delation stets zulässt, also nicht auf facta propria beschränkt, sondern umgekehrt gerade für facta *aliena* aufstellt. Art. 260 der C. P. O. sagt nämlich:

> Non si può deferire il giuramento, che sopra un fatto proprio di quello cui viene deferito, ovvero sulla semplice scienza d'un fatto. .

und in Art. 262 § 1 wird bestimmt, dass der Delat den Eid nur dann referiren könne, wenn die Tatsache beiden Parteien persönlich ist; eine Rückschiebung über facta aliena des Beweisführers ist also unmöglich[310]) und es kann demnach der Ignoranzeid nie vom Relaten geschworen werden; das letztere wird in Art. 266 übrigens noch ausdrücklich gesagt:

> L'asserente cui venga riferito il giuramento deve accettare . . . di giurare di propria scienza la verità del fatto asserito, altrimenti non è ammesso ad alcun' altra prova, e si ha per non vero il fatto contraddetto.

Diese Normirung erinnert an das *aargauisch-österreichische* System, unterscheidet sich aber von diesem sehr wesentlich darin, dass der Delat nach Art. 260 den über ein factum proprium deferirten Eid in der Form des Wahrheitseides und nur über facta aliena dem Wissen nach schwört, während in *Aargau* der Delat über eine gegnerische Behauptung stets nur den Ignoranzeid zu leisten braucht, gleichgültig, ob dieser eine ihm persönliche oder fremde Tatsache betreffe.

Ähnlich wie *Tessin* von einer Delation über die semplice scienza d'un fatto spricht, sagt *Freiburg*, dass der Eid von einer Partei nicht nur über eine ihr persönliche Tatsache, sondern auch „über ihr Bewusstsein einer ihren Urheber, ihren Beauftragten, oder jeden andern gesetzmässigen Stellvertreter, ihren Mithaften oder Mitgenossen, ihren Miteigentümer, ihren Vorbesitzer, Gesellschafter oder Mitverpflichteten persönlich betreffenden Tatsache" gefordert werden könne (Art. 2192). Damit ist die Möglichkeit des Ignoranzeides

---

[310]) Wie auch nach gemeiner Prozesspraxis die Relation des Eides über eine, zwar dem Delaten, nicht aber dem Relaten bekannte Tatsache nach der herrschenden Meinung unzulässig war. Vgl. *Wetzell*, System, § 27, 2 zu Note 33, p. 287.

vollständig gegeben und zwar in einer Weise, welche die Tendenz zur Verringerung der über facta aliena zu schwörenden Eide deutlich zeigt. Der Ausdruck „Bewusstsein“ ist einfach die Übersetzung von „connaissance“, wie es in der französischen Ausgabe des Gesetzbuches heisst. Nun findet aber bei der Abnahme des Eides in *Freiburg* jenes bereits angedeutete, der Zeugenbefragung ähnliche Frageverfahren statt, in welchem die Partei alle und jede Auskunft über das, was sie über die streitigen Tatsachen weiss, geben soll, und zum Schlusse hat der Schwörende nur zu versichern, dass er seine Antworten wahrheitsgemäss abgegeben habe (C. P. O. 322 und 327). Die Form des Ignoranzeides kommt also nie zur Anwendung, dagegen kann dem Wesen nach auch das blosse Nichtwissen einer Tatsache Gegenstand des erwähnten Frageverfahrens sein. Zu bemerken bleibt noch, dass für die Relation das Requisit des factum proprium massgebend ist.

In *Luzern* endlich existirt eine eigentümliche Formel für den Ignoranzeid. Nach § 183 hat der Delat sich auf die artikulirten Schwörsätze des Deferenten bestimmt auszusprechen und zu erklären, in wie weit er die angegebenen Tatsachen anerkenne, verneine, oder nicht wisse. Hinsichtlich der verneinten Tatsachen hat sodann der Produkt zu schwören, dass die vom Probanten aufgestellten Behauptungen nicht wahr seien, und hinsichtlich derjenigen Tatsachen, von welchen er erklärt, sie nicht zu wissen, schwört er:

> Ich N. N. erkläre bei Ehre und Bürgerpflicht, dass mir, was N. N. behauptet, nämlich . . . , durchaus unbekannt ist und dass ich, ungeachtet ich mich beflissen, von diesen Tatsachen Kenntnis zu bekommen, dennoch nichts, als was ich darüber erklärte, habe entdecken können, dergestalt, dass ich mit gutem Gewissen jene Behauptung nicht als wahr anerkennen kann.

Der Beweisführer, dem der Eid referirt wird, hat, wie in *Tessin*, stets den Wahrheitseid zu leisten (§ 185). Die an-

geführte Formel ist wesentlich Ignoranzeid, enthält aber Anlehnungen an den Wahrheits- sowol als an den Glaubenseid; diese Vermischung ihres Charakters mit demjenigen anderer Eidesarten soll wol ihre Tauglichkeit als entscheidendes Beweismittel erhöhen.

Während die bisher genannten vier Kantone in ihren Prozessgesetzen nirgends ausdrücklich den Ignoranzeid dem Wahrheitseide der Wirkung nach gleichstellen, sondern diese Gleichstellung lediglich aus dem Zusammenhalt der ganzen Eideslehre geschlossen werden muss, sprechen die beiden Kantone *Solothurn* und *Wallis* expressis verbis aus, dass der Ignoranzeid dem Verneinen der betreffenden Tatsache gleichkomme. *Solothurn* § 282:

> Wenn der Gegner des Beweisführers das Nichtwissen der streitigen Tatsachen beschwört, so gilt dies dem Verneinen derselben gleich.

Wallis, C. de proc. Art. 288:

> Si la question porte sur des faits qui ne sont pas personnels à celui qui répond en vertu du serment, il peut déclarer qu'il les ignore. Cette réponse équivaut à une négation.

Diese Bestimmung kann nicht wol anders ausgelegt werden, als in dem Sinne, dass der Eid des Nichtwissens demjenigen Eide, welcher die zu beschwörende Tatsache verneint,[311]) d. h. für nicht wahr erklärt, der Wirkung nach gleichkomme. Im übrigen stimmen die beiden Kantone darin überein, dass sie, wie dies auch in *Luzern* und *Tessin* bestimmt wird, die Rückschiebung des Eides nur dann zulassen, wenn die Tatsache dem Beweisführer persönlich ist (*Solothurn* § 273, *Waadt* C. c. Art. 1239). Dagegen zeichnet sich *Solothurn* vor *Wallis*

---

[311]) Der Ausdruck „verneinen", im Sinne von nicht wahr erklären, wird z. B. auch von *Graubünden* (in § 209) gebraucht: „Jede Partei kann der andern über Hauptfragen den Eid zuschieben, d. h. verlangen, dass dieselbe eine von dem Beweisführer behauptete entscheidende Tatsache entweder zugestehe oder ihre Verneinung eidlich beschwöre."

durch den dem Ignoranzeide hinzugefügten bekannten Beisatz aus, wonach der Schwörende erklärt, dass er sich beflissen, von der Tatsache Kenntnis zu erhalten u. s. w.

b) Ganz anders nun wird der Ignoranzeid in *Graubünden* behandelt. Hier ist er lediglich Kalumnieneid. § 213 der *graubündner* C. P. O. lautet:

> Der Eid kann ferner nur über Tatsachen zugeschoben werden, von welchen anzunehmen ist, dass derjenige, welcher ihn schwören soll, Kenntnis davon habe.
>
> Der Einwand des Nichtwissens muss, falls die Eideszuschiebung an und für sich von dem Gericht als zulässig befunden würde, auf Verlangen eidlich bekräftigt werden.

Der Schiedseid ist also grundsätzlich nur über facta propria zu leisten, ein anderer als der Wahrheits-Eid kann als Beweismittel nicht dienen. Um aber dem Beweisführer die Eidesdelation nicht unmöglich zu machen dadurch, dass man den Delaten durch die einfache Erklärung, die zu beschwörende Tatsache sei für ihn factum alienum, sich der Zuschiebung entziehen lässt, gibt man dem Deferenten die Befugnis, vom Delaten die eidliche Bekräftigung der Einrede des Nichtwissens zu verlangen. Wird ein solches Begehren nicht gestellt, so genügt schon jene einfache Erklärung zur Abwendung des Schiedseides. Die Leistung des Ignoranzeides hat die Wirkung, dass der Delationsakt und damit die ganze eidliche Beweisführung dahinfällt. Diese Normirung entspricht ungefähr der Auffassung, welche *Bayer* von der Funktion des Ignoranzeides entwickelt hat, und mir scheint eine solche Lösung der vorwürfigen Frage richtiger zu sein, als wenn man den Ignoranzeid mit litisdecisorischem Charakter aufstellt. *Graubünden* bezeichnet mithin eine überaus wichtige Etappe in der Entwicklung der Eideslehre und bildet den Übergang zu derjenigen Gruppe von Kantonen, welche den Eid nur über facta propria und nur als Wahrheitseid schwören lassen, ohne jedoch die eidliche Bekräftigung der Einrede des Nichtwissens, d. h. des

Leugnens, dass das Eidesthema ein factum proprium des Schwurpflichtigen sei, vorzuschreiben.

Diese weitestvorgeschrittene Gruppe, welche die Tendenz nach Verminderung der Zahl der Beweiseide zu einem relativ befriedigenden Abschluss gebracht hat, besteht aus den Kantonen *Schwyz*, *Schwyz* Entwurf, *Obwalden*, *Glarus* und *Zug*, die nur den Noteid kennen, sodann *Nidwalden*, *Freiburg* (der Form nach), *Waadt*, *Neuenburg* und *Genf*, sowie *Bern* bezüglich des Schiedseides.

Es ist bereits erwähnt worden, dass für das Gebiet des Noteides, wo die Vergleichs- oder Dispositionsnatur des Eides nie ernstlich für anwendbar erklärt worden ist, einzig die Form des Wahrheitseides am Platze ist, dass jedoch hievon die Kantone *Bern* (wo die Überzeugungsform aufgestellt wird), *Basel-land* und *St. Gallen* (wo Ignoranznoteide geschworen werden können) abweichen. Zweifelhaft könnte die Entscheidung der Frage sein, ob in einer bestimmten Gesetzgebung, welche zwar sowol Schieds- als Noteid kennt, aber das Requisit des factum proprium nur für den Schiedseid aufstellt, das letztere auch für den Noteid gelten solle; so erwähnen z. B. die Kantone *Freiburg*, *Waadt*, *Neuenburg* und *Genf* in ihren bürgerlichen Gesetzbüchern das Requisit des factum proprium in der Tat nur im Kapitel des Schiedseides, wie dies auch im französischen Rechte der Fall ist. Dieser Zweifel löst sich aber im Sinne der ausschliesslichen Anwendbarkeit der Wahrheitsform durch die Tatsache, dass in den betreffenden Civil**prozess**gesetzen als beiden Eidesarten gemeinsame Formel nur die Wahrheitsform aufgestellt wird (*Freiburg* C. P. O. Art. 327, *Waadt* Art. 224, *Neuenburg* Art. 299, *Genf* Art. 174). Für *Freiburg* geht dies überdies aus der gesetzlichen Definition des Eides hervor:

> Art. 2190. Der Eid ist eine bürgerliche und religiöse Handlung, wodurch eine Partei, auf Ansuchen ihrer Gegenpartei oder des Richters, mit Beobachtung der durch das Gesetz oder durch die Gebräuche der Reli-

gion, zu welcher sie sich bekennt, vorgeschriebenen Förmlichkeiten, Gott zum Zeugen der Wahrhei dessen, was sie erklärt hat, oder dessen, was sie erklären wird, anruft.

Das gilt nun aber auch für den Schiedseid der genannten Kantone, die civilrechtlich die Qualität des factum proprium aufstellen, ohne die Eidesformel gleichzeitig zu formuliren. Man darf nämlich das Requisit des factum proprium nicht ohne weiteres identifiziren mit demjenigen der Wahrheitsform, denn es gibt ja auch facta propria, die vermöge besonderer Verhältnisse und Umstände dem Schwurpflichtigen aus der Erinnerung entschwunden sind, so dass er einen Eid über die Wahrheit derselben nicht leisten könnte. Wir haben ja gesehen, dass in *Thurgau* auch für facta propria (ja sogar nur für diese) der Ignoranzeid gestattet, ist und wiederum findet sich in der Gesetzgebung (so in *Österreich* und *Aargau*) die Normirung, wonach nicht die Qualität des factum proprium, sondern die Tatsache der eigenen Behauptung des Schwurpflichtigen für die Entscheidung der Frage, ob Wahrheits- oder Ignoranzform, einzutreten habe, ausschlaggebend ist. Sobald aber eine Prozessgesetzgebung die Eidesformel nur in Gestalt des Wahrheitseides aufstellt, so ist damit die Anwendung irgend einer andern Eidesform, sei es des Glaubens-, Überzeugungs- oder des Ignoranzeides ausgeschlossen.

Das letztere ist nun nicht blos in den zuletzt erwähnten Kantonen der französischen Schweiz der Fall, sondern auch in *Bern* (§ 252), wo für den Schiedseid, gleich wie in jenen Kantonen, das Requisit des factum proprium ausdrücklich aufgestellt wird (§§ 243 u. 246), ferner in *Schwyz* (§ 277, Entwurf § 232), *Obwalden* (§ 93), *Nidwalden* (XIV, 6, 5 § 27), *Glarus* (§ 205) und *Zug* (§ 105) für den Noteid, ohne dass hier jenes Requisit vorgeschrieben wird.

Noch ist die bereits früher angedeutete Eigentümlichkeit in der Form der Eidesleistung zu erwähnen, einer Form, welche einen das materielle Eidesrecht geradezu wesentlich

affizirenden Reflex wirft, und die in der Schweiz (nämlich in *Freiburg*) lange schon gegolten, bevor sie im Auslande in der *bairischen* C. P. O. in ähnlicher Gestalt adoptirt worden war. Es ist dies jene Form, nach welcher der Eidesleistung ein Frageverfahren vorausgeht, in welchem die schwurpflichtige Partei verpflichtet ist, auf die ihr vom Richter oder von der Partei gestellten Fragen wahrheitsgemäss Antwort zu geben. Der Gesetzgeber verfolgt damit den Zweck, allfällige Unklarheiten und Missverständnisse unter den Parteien zu heben, das Eidesthema auf die springenden Punkte zu beschränken und womöglich nur Tatsachen beschwören zu lassen, über welche auch alle und jede sonstige Auskunft als unmöglich sich erweist. Der Schwörende versichert also nicht nur die Wahrheit oder Unwahrheit der zu beweisenden Tatsache, sondern beschwört allgemein die Wahrheit der von ihm bezüglich des Beweisthemas in dem Frageverfahren gemachten Angaben. Schon die Formulirung des Ignoranzeides, wie sie die Kantone *Luzern*, *Solothurn*, *Baselland* und *Thurgau* aufstellen, hat einen ähnlichen Zweck im Auge, indem die schwurpflichtige Partei nicht nur zu schwören hat, dass sie trotz ernstlicher Nachforschung die Tatsache nicht wisse, sondern, dass sie auch nichts a n d e r e s wisse, als was sie als Resultat ihrer Nachforschungen über die zu Beweis verstellte Tatsache angegeben hat. Wie hier bei der Behauptung des Nichtwissens verfahren wird, so hat nun in den Kantonen *Freiburg*, *Waadt* und *Bern* (das nämliche Verfahren hat auch die *bundesgerichtliche* C. P. O. [Art. 149] aufgestellt) die Eidesdelation überhaupt einen Zwang zur vollständigen Auskunfterteilung über das Eidesthema in Begleitschaft. Einen Anklang an dieses System finden wir in *Genf*, wo (C. P. O. Art. 176) die Partei, nachdem sie in promissorischer Form geschworen, dass sie über die Tatsachen, welche ihr vorgelegt werden sollen, die Wahrheit aussagen werde, zum Zwecke der Aufklärung über die eidliche Aussage vom Präsidenten befragt werden kann.

Im Einzelnen finden sich nur geringfügige Differenzen zwischen den Bestimmungen der drei Kantone. In *Freiburg* wird (Art. 322) das im folgenden Kapitel zu besprechende Verfahren angewendet, das technisch „audition des parties" genannt wird (Art. 310—321) und in welchem die poena confessi bei Weigerung oder Unvollständigkeit eintritt (Art. 312), wo ferner die Parteien sich wechselseitig Fragen stellen können durch das Organ des Präsidenten (Art. 317), der im übrigen über jeden der „faits et articles pertinents" einzeln frägt und zwar über alle Umstände, welche zur Erforschung der Wahrheit dienlich sind, selbst wenn dabei nova an den Tag kommen sollten (Art. 314). Hiebei hat der Richter darauf zu achten, ob die befragte Partei sich nicht in Widersprüche verwickle, ob sich nicht Indizien von *dolus* oder *mala fides* ergeben; denn in solchem Falle müsste er jene Partei des Eides unwürdig erklären und das Beweisthema für zugestanden betrachten (Art. 326). Nach beendigter Befragung hat die Partei, die sich nicht im Falle des eben erwähnten Art. 326 befindet, folgenden Eid zu leisten:

> „Je jure devant Dieu d'avoir dit toute la vérité, et rien que la vérité, sans aucune restriction ou réserve, sur les faits qui viennent de m'être rappelés et sur lesquels j'ai été interrogé."

Waadt kennt kein selbständiges Parteivernehmungsverfahren wie *Freiburg*, und beschränkt sich in der vorliegenden Frage auf wenige knappe Bestimmungen. Der Präsident schreitet, nachdem allfällige Einwendungen der schwurpflichtigen Partei incidenter beseitigt worden, zur Befragung über den fait à prouver, wobei die Partei das Recht hat, ergänzende Fragen zu stellen und mit dem Einverständnisse der Gegenpartei Fragen, welche unerheblich sind oder den Vorschriften des materiellen Eidesrechtes (factum proprium) widersprechen, zurückzuweisen (Art. 223). Frage und Antwort werden wörtlich protokollirt, verlesen und bestätigt vor der Eidesleistung,

die in der für die Zeugen vorgeschriebenen Form zu erfolgen hat (Art. 224).

In *Bern* endlich finden wir *freiburgische* und *waadtländische* Bestimmungen vereinigt zu folgendem Verfahren: Bei dem Schwörtermine können die Parteien dem Richter ihr Streitverhältnis noch mündlich vortragen, um ihn über die Punkte näher aufzuklären, hinsichtlich welcher der Eid stattfinden soll. Ist dies geschehen, so ermahnt der Richter die Person, welche den Eid zu leisten hat, zur Wahrheit, hört sie gleich einem Zeugen über die streitigen Tatsachen ab und lässt Fragen und Antworten durch den Aktuar möglichst getreu zu Protokoll nehmen. Hat der Richter seine Abhörung beendigt, so kann der Gegner des Abgehörten durch den Richter noch Erläuterungsfragen an ihn stellen lassen, welche gleichfalls mit den dazu dienenden Antworten zu protokolliren sind (§ 252). Dabei ist die zum Eide angehaltene Partei schuldig, die von dem Richter und ihrem Gegner an sie gestellten Fragen, sofern sie auf die Beweissätze Bezug haben, bestimmt und unumwunden zu beantworten. Verweigert sie die Beantwortung, oder sucht sie die Fragen zu umgehen, so sind die Tatsachen, in Betreff welcher sie sich nicht bestimmt ausgesprochen hat, als zugestanden zu betrachten. Der Richter hat die Partei auf diese Folgen aufmerksam zu machen (§ 253). Ersättigt sich dann der Gegner des Angehörten an dessen Aussagen und allfälligen Zugeständnissen nicht, so bringt der Richter den Parteien die Wichtigkeit der Handlung und die strafrechtlichen Folgen eines Meineides unter Ablesung der bezüglichen Gesetzesbestimmung in Erinnerung und nimmt dann der Partei, die schwören soll, den Eid öffentlich ab. Der Schwörende hat dabei zu versichern, dass er die an ihn gestellten Fragen ohne Rückhalt noch Hintergedanken und ohne Rücksicht auf Vorteil oder Nachteil, nach bestem Wissen und Gewissen der reinen Wahrheit gemäss beantwortet habe (§ 254).

In allen drei Kantonen hat der Eid seine Natur als litisdecisorisches Beweismittel bewahrt; die Zu- und Zurückschiebung

findet in gewöhnlicher Weise statt. Die Bildung einer richterlichen Überzeugung wird aber durch das geschilderte Frageverfahren insofern gefördert, als durch eine umständliche Erzählung dem Richter manches klar gemacht wird, was bei der einfachen Beschwörung des direkten Beweissatzes ihm unklar bleiben muss. Da er aber auch hier vermöge der streng formell bindenden Kraft des Eides zur Annahme der Wahrheit der beschworenen Aussagen gezwungen ist, so kann auch jenem Frageverfahren kein anderer Wert beigelegt werden, als der eines verbesserten Notbehelfes. So lange man die religio, das religiöse Gewissen des Individuums dazu benützt, den Streit über die Geltendmachung einer relevanten Tatsache zu entscheiden, so lange man den Eid oder dessen kraftlose Surrogate in Gestalt eines deus ex machina mit fatalistischer Wirkung zur Rechtsprechung benützt, ebenso lange wird man auch durch alle möglichen Flickversuche zu keinem richtigen Resultate gelangen, zu keinem Resultate, das den Anforderungen und Anschauungen der modernen Rechtsprechung, die den Massstab der Vernunft und nicht den eines transcendentalen fatalistischen Mediums ihrer Tätigkeit zu Grunde legen will, entspricht. Es gehört ja gewiss eine grosse Überwindung und ein starker Mut dazu, ein Jahrhunderte lang benütztes so überaus bequemes Hilfsmittel, das den Richter aus so mancher Verlegenheit, aus so mancher unbequemen Lage gebracht hat, auf einmal aufzugeben. Dass aber der Eid in der Tat ein entbehrliches Mittel ist, hat die von niemandem wegen ihrer Eideslosigkeit bemängelte zürcherische Rechtsprechung bewiesen, die unter der Herrschaft vollständiger Freiheit in der Beweiswürdigung nie nach Einführung des Eides verlangt hat.[312])

---

[312]) Ein Civilprozessentwurf aus dem Jahre 1844 (Verfasser: Dr. *Finsler*, damaliger Obergerichtspräsident), welcher in enger Anlehnung an den damaligen gemeinen Civilprozess den Eid als Beweismittel aufstellen wollte, wurde seiner Zeit zurückgewiesen. Die vom 9. Juni 1866 datirte (vom damaligen Justizdirektor und heutigen Professor Dr. *J. J. Treichler*, welcher auch der Redaktor des ersten Civilprozessentwurfes ist, verfasste)

Ausser den Kantonen *Appenzell A.-Rh.* und *I.-Rh.* hatten früher auch die Kantone *Obwalden* und *Zug* den Eid als Beweismittel nicht gekannt,[313]) und in der neuesten Zeit hat der in allen Beziehungen vortreffliche, leider aber vom Volke verworfene *aargauer* Entwurf der hoffentlich immer mehr zum Durchbruch gelangenden modernen Auffassung der richterlichen Aufgabe in der gänzlichen Beiseitelassung des Eides markanten Ausdruck verliehen. Mit der Zulassung des Eides als Beweismittel verbinden sich eine solch' grosse Zahl von Schwierigkeiten und den Gang des Prozessverfahrens komplizirender Umstände, dass allein schon die Beseitigung dieser durch Abschaffung des Eides ein grosser Gewinn genannt werden muss. Dass in der Schweiz dem Schiedseide die Natur eines Dispositionsaktes nirgends irgendwie konsequent beigelegt wird, hat sich schon aus dem Vorigen ergeben und wird durch die Ausführungen des folgenden Paragraphen bestätigt werden, so dass auch die letzte Berechtigung desselben (immer theoretisch gesprochen) dahinfällt. Und was den Noteid anbetrifft, so hat zwar neuerdings *Wach*[314]) zu dessen Verteidigung ausgeführt, dass es die der Partei günstige beeidigte Selbstaussage sei, deren Überzeugungskraft der Richter in der Auferlegung des Eides von vornherein bejahe. Darin liegt wol der nämliche Gedanke,

Weisung des Regierungsrathes zu den Gesetzesentwürfen betreffend die zürcherische Rechtspflege enthält bezüglich des Eides, welcher im damaligen Entwurfe auch in der Form des Paternitätseides beseitigt war, folgende charakteristische Äusserungen: (p. 31) . . . „die Bezirksgerichte sowol als das Obergericht sprachen sich im Jahr 1860 einstimmig gegen diesen Vorschlag (Einführung des Eides) aus“ . . . „Allgemein fand man, der häufige Gebrauch des Eides vertrage sich nicht mit unsern Volksanschauungen“ . . . (p. 32) „Diese Betrachtungen haben denn dazu geführt, dass man den Eid nicht nur nicht ausdehnte, sondern selbst da, wo er bisanhin zulässig war, noch beschränkte, indem man den Reinigungseid im Paternitätsprozesse ganz abschaffte. Schon bisanhin haben die Gerichte nur äusserst selten von demselben Gebrauch gemacht, und selbst in den wenigen Fällen, in denen dieses geschah, war die öffentliche Stimmung des Publikums in der Regel gegen denselben“ . . .

[313]) Vgl. *A. v. Orelli*, Studien über den gerichtlichen Eid, p. 55.

[314]) *Wach*, Vorträge, p. 174.

welcher *Zimmermann*[315]) s. Z. dazu geführt hat, den Glaubenseid (namentlich auch gegenüber dem Ignoranzeid) zu verteidigen. Nach diesem Schriftsteller dient nämlich der Glaubenseid nur dazu, die bona fides Desjenigen, der eine Tatsache behauptet, mit Bezug auf diese Behauptung zu bestätigen. Er sieht im Glaubenseide sachlich einen Kalumnieneid, der allerdings prozessualisch die Gestalt eines Haupteides angenommen habe. So scheint mir nun auch *Wach* davon auszugehen, dass der Noteid im Richter den Glauben an die bona fides, an die Wahrhaftigkeit des Schwörenden bezüglich der beschworenen Tatsache,' erwecke, so dass der Richter mit gutem Gewissen von der objektiven Wahrheit derselben sich überzeugt halten dürfe. „Er erklärt ihr (sc. der Partei), dass er ihrer Aussage nur Glauben schenken könne, wenn sie dieselbe beeidigt.“ Gegen diese Auffassung lässt sich m. E. einwenden, dass es nicht die freie Überzeugung des Richters ist, welche dem Eide die Tauglichkeit als litisdecisorisches Beweismittel verleiht, sondern lediglich die legale, den Richter ein- für allemal bindende Kraft, welche aus der religiösen Natur des Schwöraktes hergeleitet wird oder, wie *Heusler*[316]) sich ausdrückt, die Form, welche kraft gesetzlicher Vorschrift mit entscheidender Wirkung ausgestattet wird, und die in allen Fällen, wo der Eid zur Anwendung kommt, die gleiche ist und nicht in dem einen Falle andere Eigenschaften hat als in dem andern. „Sobald diese bestimmte Form erfüllt und der Eid abgeleistet ist, muss auch die ein- für allemal daran geknüpfte rechtliche Folge eintreten.“ Der Richter ist verpflichtet, die beschworene Tatsache für wahr zu halten, und dem gegenüber ist die blosse Möglichkeit, dass er wirklich überzeugt werde, von unwesentlicher Bedeutung, weil eben hierauf gar nichts ankommt. Freilich tut ja der Gesetzgeber weise daran,

---

[315]) *Zimmermann*, Dr. *E.*, Der Glaubenseid. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung. Marburg u. Leipzig 1863; besonders p. 419 ff.

[316]) Archiv f. d. civ. Pr., Bd. 62, p. 225 u. 303.

wenn er den Eid auf diejenigen Fälle möglichst beschränkt, wo ihm die Bildung einer Überzeugung möglich oder wahrscheinlich erscheint. Diese Beschränkung kann aber in keinem andern Sinne erfolgen, als dass die Eidesleistung nur von solchen Leuten abgenommen wird, deren persönliches Vertrauen der Richter auf irgend eine Weise gewonnen hat. In welcher Weise dies die einzelnen Gesetzgebungen bei der Normirung des Noteides zu erreichen gesucht haben, wird sich unten in § 34 ergeben. Die Konsequenz der *Zimmermann*'schen Auffassung des Glaubenseides würde dazu führen, dass gegen die beschworene Tatsache ein Gegenbeweis geführt werden könnte, und dem Richter die freie Würdigung der beschworenen Tatsache überlassen bliebe; dies anerkennt denn auch *Zimmermann*[317]) selbst, indem er ausführt, dass der Ableistung des als Kalumnieneid gedachten Glaubenseides gegenüber eine Gegenbeweisführung an und für sich wol möglich sei, dass es hiezu nur deshalb nicht kommen könne, weil auf den Eid (gemeinrechtlich) erst dann rekurrirt werden dürfe, wenn es an sonstigen Beweismitteln fehle resp. auf solche verzichtet werde. Damit befindet sich aber dieser Schriftsteller nicht auf dem Boden des geltenden Prozessrechtes, denn überall, wo der Eid, sei es nun in Wahrheits- oder sei es in Glaubensform, als Beweismittel verwendet wird, hat er die Kraft formaler Wahrheitsfeststellung, gegen die ein Gegenbeweis prinzipiell nie und nimmer zugelassen wird.

Die Entwicklung, welche die Fassung der Eidesnorm durchgemacht hat, zeigt die unverkennbare Tendenz nach der Abstreifung der fatalistischen Natur des Eides; noch mehr als in der Beschränkung auf die Fälle, wo der Schwörende de veritate zu schwören im Stande ist, offenbart sich dies in der Durchführung der Eideslehre, wie sie in ihrer charakteristischsten Gestalt in der neuen *Berner* Civilprozessordnung uns entgegen-

---

317) a. a. O., p. 431.

tritt. Möchte dies die Übergangsstufe zu der völligen Eideslosigkeit sein, wie wir sie auf dem Kontinente[318]) nur in den drei Ländern *Zürich* und beiden *Appenzell* vorfinden!

---

§ 33.

3. Der Schieds- oder Haupteid.

Nach den Ausführungen des vorigen Paragraphen bleiben für die Behandlung des Schiedseides im Speziellen nur noch wenige Punkte übrig. Einmal sind die von einzelnen Gesetzgebungen für den Schiedseid besonders aufgestellten Voraussetzungen bezüglich dessen Zulässigkeit zu erörtern, sodann müssen die Frage der Kumulation mit andern Beweismitteln, die Wirkungen der Delation und der Relation (dabei ist hauptsächlich das Institut der Gewissensvertretung zu besprechen) und endlich die Beweiskraft behandelt werden.

1. Wenn wir davon absehen, dass in *Tessin* (Art. 259) der Eid nicht über eine Deliktstatsache und ebensowenig über einen Vertrag, für dessen Gültigkeit das Gesetz schriftliche Beurkundung vorschreibt, oder eine Tatsache, welche durch eine öffentliche Urkunde festgestellt ist, deferirt werden kann, wie ihn auch einige Kantone über facta turpia des Delaten und *Solothurn* (§ 266) für den direkten Gegenbeweis ausschliessen; wenn wir ferner davon absehen, dass zwei Kantone den Eid nur zulassen, wenn der Streitwert einen gewissen Betrag überschreitet (*Nidwalden* XIV, Abs. 6 Art. 5 § 27:

---

[318]) In *England* existirt die eidliche Parteibefragung. — In *Russland* ist die Dispositionsnatur des Beweiseides in voller Konsequenz durchgeführt, wie Dr. *C. E. Leuthold*, Russische Rechtskunde, Leipzig 1889, p. 309/10 mitteilt. *Österreich* und die *romanischen* Länder kennen alle den Beweiseid.

28 Fr. 57 Cts.; *Waadt* Art. 1010: 20 Fr.) und zwei bei derselben Voraussetzung an Stelle des Eides die Behauptung an Eidesstatt bezw. das Handgelübde aufstellen (*Freiburg* Art. 2198: 20 Fr.; *Thurgau* § 223: Fr. 200; heute wird in *Thurgau* nur noch das Handgelübde verwendet, wie oben angeführt wurde), — so tritt uns als interessanteste und wichtigste Voraussetzung der Zulässigkeit die in den Kantonen *Luzern* (§ 182), *Uri* (§ 62), *Nidwalden* (XIV, 6, 5 § 27) und *Thurgau* (§ 217) aufgestellte Subsidiarität des Eides entgegen. Hier darf der Schiedseid nur in Ermangelung anderer (*Uri*: in gänzlicher Ermangelung anderer genüglicher) Beweismittel deferirt werden, während er in den übrigen Kantonen an eine derartige Voraussetzung nicht gebunden ist. In einer andern Weise subsidiär ist der Schiedseid sodann in *Graubünden* (Art. 215), wo das Gericht den Eid blos zuerkennt, wenn einerseits die zu beschwörenden Tatsachen entscheidend erscheinen und anderseits in dem vorhandenen Beweismaterial nicht zureichende Anhaltspunkte zu einem sachgemässen Urteil zu finden sind. Was die erstgenannte Art der Subsidiarität betrifft, so schliesst dieselbe die Eidesdelation für den Fall des Vorhandenseins anderer Beweismittel aus und kommt daher sachlich einem Verbote der Kumulation des Eides mit andern Beweismitteln gleich. Es kommt nach dem Wortlaute der betreffenden Gesetzesstellen (nur *Uri* macht eine Ausnahme) nicht darauf an, ob ein Beweismittel zum Beweise genüge oder nicht; hat der Beweisführer z. B. einen misslungenen Zeugenbeweis geführt, so kann er keinen Eid mehr deferiren, denn dieser darf nicht neben andern Beweismitteln, sondern eben nur in Ermangelung solcher deferirt werden. Umgekehrt setzt die Eidesdelation in *Graubünden* geradezu eine vorangegangene aber unvollständig gebliebene Beweisführung voraus, ähnlich wie andere Kantone dies für die Zulässigkeit des Noteides tun. Der Schiedseid nähert sich in *Graubünden* überhaupt ziemlich stark dem dort nicht bekannten Noteide, da nach Art. 218 dem Gerichte die Befugnis zusteht, in dem Falle, da beide Parteien einander

mit Bezug auf die nämliche Tatsache den Eid zugeschoben haben, nach Massgabe der Aktenlage zu entscheiden, welche von beiden ihn zu schwören habe; während man erwarten sollte, dass bei einer solchen Kollision stets der Delation der beweispflichtigen Partei Folge gegeben würde. Diese Normirung scheint mir ein Zeichen dafür zu sein, dass in *Graubünden* der Schiedseid vom Gesetzgeber durchaus als Beweismittel aufgefasst worden ist (wozu die Nichtaufnahme des Noteides beigetragen haben mag). Wir treffen die zweite Art der Subsidiarität des Schiedseides nirgends sonst, weder in der gemeinrechtlichen Theorie oder Praxis, noch auch in der frühern deutschen Partikulargesetzgebung, wol aber in der italienischen Civilprozessliteratur des Mittelalters, wo nach *Zimmermann*[319]) als iusta causa, welche den Delaten zur Rekusation des Eides berechtigte, schon der Umstand galt, dass der Beweispflichtige, ohne eine praesumtio oder probatio für sich zu haben, zur Eidesdelation schreiten wollte. Beweismittel- und Dispositionsnatur des Schiedseides wurden eben damals schon mit einander vermengt, wobei die erstere bezüglich der Voraussetzungen den Ausschlag gab. Umgekehrt erklären die Kantone *Tessin* (Art. 259), *Wallis* (Art. 1236) und *Genf* (Art. 1360) in Anlehnung an das französische Recht (Art. 1360), das in diesem Punkte von *Baden* (1831 § 563) und *Bayern* (Art. 449) adoptirt worden ist, ausdrücklich, dass es bei der Delation nicht darauf ankomme, ob auf Seite des Probanten bereits irgendwelcher Beweis vorliege. Diese Kantone, sowie die übrigen, welche die Subsidiarität nicht verlangen, haben hier offenbar mehr den Dispositionscharakter des Schiedseides im Auge.

2. Dem nämlichen Gedanken, welchem die Subsidiarität des Schiedseides im zuerst erwähnten Sinne entsprungen ist, dem Gedanken, dass der Eid, durch welchen unerschütterliche,

---

319) *Zimmermann*, Der Glaubenseid, p. 239/40. Vgl. auch *Wetzell*, System, § 27, p. 284.

formale Wahrheit festgestellt wird, nicht in Verbindung gebracht werden dürfe mit andern Beweismitteln, weil auf diese Weise leicht eine Kollision entstehen könnte, die mit der Heiligkeit des Eides nicht harmoniren würde, und weil, wie *Renaud* bemerkt,[320]) durch die Eidesleistung überhaupt jede andere Beweisführung überflüssig gemacht wird, entspricht auch das von den Kantonen *Bern* (§ 166), *Luzern* (§ 186), *Solothurn* (§ 267), *Aargau* (§ 124) und *Neuenburg* (C. de proc. civ. Art. 295) aufgestellte Verbot der Kumulation des Schiedseides mit andern Beweismitteln. Dieses Verbot hat gemeinrechtlich[321]) und deutsch-partikularrechtlich[322]) nur den Sinn gehabt, eine doppelte vollständige Beweisführung über eine und dieselbe Tatsache zu verhindern, ohne eine eventuelle Eideszuschiebung auszuschliessen, d. h. ohne dem Beweisführer zu verbieten, mit andern Beweismitteln die Eidesdelation für den Fall anzutragen, dass jene kein Resultat geben. Diese Tragweite des Kumulationsverbotes wird nun bedeutend überschritten in *Solothurn* und wol auch in *Aargau*. Im erstern Kanton wird nämlich gesagt (§ 267):

> Mit dem Eide dürfen über die nämliche Tatsache keine andern Beweismittel verbunden werden und wenn bereits andere Beweismittel angetragen oder vorgelegt sind, so werden sie als zurückgezogen betrachtet.

Danach muss auch die Eventualkumulation ausgeschlossen sein, gerade wie in *Aargau*, wo der Richter nicht gleichzeitig auf den Haupteid und auf andere Beweismittel erkennen darf. Der Ausdruck „gleichzeitig“ ist wol nicht so zu interpretiren, als ob (argumento a contrario) auf successive Kumulation erkannt werden könnte, sondern es will damit m. E. das strikte Verbot der Kumulation ausgesprochen werden. *Solothurn* kennt eine interessante Ausnahme in Abs. 2 des § 267:

320) *Renaud*, Lehrbuch, § 132.

321) Vgl. *Wetzell*, System, § 27, p. 286; *Renaud*, Lehrbuch, § 132.

322) Vgl. C. P. O. von *Baden* (1831), § 576; C. P. O. von *Hannover*, § 299.

> Ist jedoch der Beweissatz von solcher Art, dass er zum Teil durch andere Beweismittel dargetan werden kann, so ist der Eid zum Beweis des andern Teiles zulässig.

Diese Ausnahme setzt einen Beweissatz voraus, der aus mehreren Tatsachen zusammengesetzt ist, von denen die einen durch gewöhnliche Beweismittel, die andern durch Eidesdelation bewiesen werden wollen. Wie nun, wenn der Beweis mit den gewöhnlichen Beweismitteln für die einen Tatsachen gelingt, derjenige der Eidesdelation für die andern aber nicht? In diesem Falle entsteht für den Richter für die Würdigung des ganzen Beweissatzes unter Umständen eine unlösbare Schwierigkeit und deshalb scheint mir jene Ausnahme von problematischem Werte zu sein.

Ob die Kantone *Bern, Luzern* und *Neuenburg* mit ihrem Verbote der Kumulation die Eventualverbindung ausschliessen wollen oder nicht, lässt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaute der betreffenden Gesetzesbestimmungen entscheiden. Für *Neuenburg* scheint mir die Bejahung der Frage, für *Bern* und *Luzern* dagegen die Verneinung derselben der Intention des Gesetzgebers zu entsprechen. In *Neuenburg* wird nämlich bestimmt (C. de proc. civ. Art. 295);

> Il est interdit de faire usage d'aucun autre moyen de preuve à l'appui du fait sur lequel le serment décisoire est déféré.
>
> Mais le serment peut être déféré si la partie n'a pas été admise à faire usage des autres moyens de preuve qu'elle avait indiqués, on en a été empêchée.

Nach Abs. 2 dieses Artikels scheint die Kumulation vollständig ausgeschlossen zu sein, da der Eid in dem Falle, da der Beweisführer bereits andere Beweismittel angegeben hatte, nur zugelassen wird, wenn diese Beweismittel n i c h t zur Anwendung gekommen sind.

In *Bern* besteht nur das einfache Kumulationsverbot und in *Luzern* wird gesagt, dass wenn bereits andere Beweismittel

von dem Beweisführer gebraucht worden seien, diese dahinfallen und als zurückgezogen zu betrachten seien; nach der letztern Bestimmung erscheint vorgängige anderweitige Beweisführung statthaft (obschon nach § 182 der *Luzerner* C. P. O. der Schiedseid nur in Ermangelung anderer Beweismittel eintritt), allein deren Wirkung wird mit der Eidesdelation annullirt (und so hebt sich der Widerspruch mit der in § 182 ausgesprochenen Subsidiarität), wie im gemeinen Prozess der eventuellen Eidesdelation nur dann Folge gegeben wurde, wenn gar kein Resultat aus der vorherigen Beweisführung sich ergeben hat.[323])

Dass nach Ableistung des Eides der Beweisführer keine andern Beweismittel mehr benützen darf, um die Wirkung des für ihn ungünstig ausgefallenen Eides zu entkräften, ist ein Satz, der sich nach der formalen Natur des Schiedseides von selbst versteht. Nur die Kantone *Freiburg* (Art. 2206), *Waadt* (Art. 1017) und *Wallis* (Code de proc. civ. Art. 183) stellen ihn ausdrücklich auf.

3. Der moderne Schiedseid entnimmt seine Tauglichkeit als entscheidendes Beweismittel nicht etwa der ihm durchaus nicht innewohnenden Überzeugungskraft, sondern seiner religiös-fatalistischen, bindenden Natur in Verbindung mit dem vom Gesetze aufgestellten Zwang, welcher den Delaten zur Einlassung auf den Eidesantrag des Deferenten nötigt. Dieser Einlassungszwang, welcher vom rein sittlichen wie vom juristischen Standpunkte aus den grössten Bedenken Raum gibt, wird in der schweizerischen Eideslehre überall aufgestellt. Er ist es, welcher m. E. dem ganzen Eidesgeschäfte den Charakter eines wahren Dispositionsaktes, eines zwischen den Parteien abgeschlossenen prozessualen Rechtsgeschäftes raubt. Der Delat ist gezwungen, den Eid anzunehmen oder zurückzuschieben, d. h. durch seine Eidesleistung die streitige, ihm ungünstige

---

323) Vgl. *Wetzell*, System, § 27, p. 286. „Wenn dann schon die prinzipalen Beweismittel die streitige Tatsache voll oder unvollkommen beweisen, so ist die Eidesdelation als nicht geschehen zu betrachten."

Tatsache aus dem Prozesse zu eliminiren oder durch das Schwörenlassen des Deferenten dieselbe als wahr anzuerkennen. In dieser Strenge ist die Wirkung der Delation normirt in den Kantonen *Bern, Luzern, Uri, Nidwalden, Schaffhausen* Entwurf, *Graubünden, Waadt, Wallis Neuenburg,* und *Genf.* Modifikationen bestehen nur in *Nidwalden* und *Graubünden,* indem im erstgenannten Kantone (XIV, 6, 5 § 32) es dem Ermessen des Richters überlassen bleibt, welcher Partei er den Eid auferlegen wolle, so dass hier der Schiedseid eine wesentliche Eigenschaft des Noteides in sich schliesst. In *Graubünden* (Art. 218) steht es ähnlich, wie oben bereits ausgeführt wurde; der Unterschied besteht nur darin, dass hier die gerichtliche Delationsbefugnis erst in dem Falle, da beide Parteien einander mit Bezug auf die nämliche Tatsache den Eid zuschieben, eintritt. Überall bewirkt die Verweigerung der Einlassung Annahme der Wahrheit des Beweisthemas (poena recusati = poena confessi).

In weniger strenger Weise normiren die Wirkung der Delation die Kantone *Freiburg* (Art. 2202), *Aargau* (§§ 239 ff.), *Thurgau* (§§ 218 f) und *Tessin* (Art. 262), ebenso auch die *bundesgerichtliche* C. P. O. (Art. 148) durch Einführung des Institutes der Gewissensvertretung, einerseits, und der Kanton *Solothurn* (§§ 272 und 271), welcher neben der Zulassung der Gewissensvertretung ein ganz eigentümliches Rechtsinstitut, das sich nirgends sonst vorfindet, das sogenannte Modifikationsrecht des Delaten, kennt, anderseits.

Das im gemeinen Prozessrechte aus der sächsischen Jurisprudenz entlehnte[324]) Institut der **Gewissensvertretung** (probatio pro exoneranda conscientia) gewährt dem Delaten einen Ausweg aus dem Dilemma Schwören oder Verlieren, indem es ihm gestattet, anstatt sich auf den Eid einzulassen, sein Gewissen mit Beweis zu vertreten, d. h. den Beweis für die Unwahrheit des gegnerischen Beweissatzes mit andern Beweismitteln zu

---

[324]) Vgl. *Wetzell,* System, § 27, p. 289.

führen. Es sind lediglich Billigkeitsrücksichten, aus welchen dieser Bruch in das starre Eidesrecht gemacht wurde: man will dem Delaten sozusagen als Gnadenbrot die Gelegenheit geben, den gefährlichen Eid dadurch überflüssig zu machen, dass er die Unwahrheit der Beweistatsache vollkommen beweist. Misslingt ihm der Beweis vollständig, oder gelingt er ihm nur unvollständig, so sieht er sich wiederum vor jenes Dilemma gestellt und hat sich über Annahme oder Relation des Eides zu erklären.[325]) Der Wirkung nach ist die Gewissensvertretung nichts anderes als eine Gegenbeweisführung. Anstatt dass der Beweispflichtige den Beweis führt, wird die Beweislast auf einmal auf den nicht Beweispflichtigen gewälzt, ganz entgegen dem Rechtssatze *actore non probante reus absolvitur*. Ja, in *Freiburg, Aargau* und *Thurgau* geht diese Verschiebung der Beweislast so weit, dass dem Delaten, welchem der zur Vertretung seines Gewissens geführte Beweis misslingt, nicht einmal mehr gestattet wird, den deferirten Eid zu schwören oder zu referiren, wie im gemeinen Rechte, sondern alsdann der vom Deferenten aufgestellte Beweissatz ohne weiteres für wahr gehalten wird. *Thurgau* sagt denn auch ausdrücklich (§ 219): „dadurch, dass der Beweisgegner die Gewissensvertretung beantragt, übernimmt derselbe gleichzeitig die Beweislast.“ Das Gleiche ist aber auch wol der Fall in *Tessin*, wo bestimmt wird (Art. 262 § 1):

> Potrà la parte cui è deferito il giuramento esimersi dal prestarlo o col riferirlo al deferente, o coll' offrir la riprova.

Denn damit, dass die Gewissensvertretung ausdrücklich als Gegenbeweisführung bezeichnet wird, soll jedenfalls auch

---

[325]) Vgl. eodem p. 290/91. Ebenso nach der ältern *badischen* C. P. O. (§ 589) und nach der *hannöver*'schen (§ 298 al. 3). In einigen andern Partikulargesetzen konnte der Delat nach misslungener Gewissensvertretung nur noch schwören, nicht mehr zurückschieben (so in *Weimar, Meiningen, Schwarzburg-Sondershausen*), vgl. *Renaud*, Lehrbuch, § 132, Note 24.

gesagt sein, dass die Beweislast derart sich verschiebe, dass der Delat bezüglich des Eidesthemas sachfällig wird, wenn seine Gegenbeweisführung misslingt. In *Solothurn* (§ 272) hat der Delat (nach Feststellung der Beweissätze) zu erklären:

> „1. ob er die Beweissätze zum Teil oder im Ganzen als wahr annehme, oder
>
> 2. ob er den Eid über alle streitigen Tatsachen, oder über einen Teil derselben übernehme, oder
>
> 3. ob er den Eid dem Beweisführer zurückschieben, oder endlich
>
> 4. ob er durch andere Beweismittel dartun wolle, dass die Beweissätze des Gegners unwahr seien."

Da auch hier dem Delaten das Recht, nach misslungener Gewissensvertretung sich über Annahme oder Zurückschiebung des Eides zu erklären, nicht vorbehalten wird, so muss angenommen werden, dass das Misslingen der Gegenbeweisführung Annahme der Wahrheit der vom Deferenten aufgestellten Beweissätze zur Folge habe; der eben angeführte Wortlaut des § 272 lässt wenigstens eine gegenteilige Absicht des Gesetzgebers, der die Gewissensvertretung mit der Annahme und Relation in streng alternative Verbindung setzt, nicht zu.[326])

Neben der Gewissensvertretung kennt nun *Solothurn*, wie bereits angedeutet, noch eine andere Milderung der Lage des Delaten: das sogenannte **Modifikationsrecht**. § 271 Abs. 1 u. 2 lautet:

> Auf Begehren desjenigen Teils, dem der Eid angetragen worden, ist eine Bedenkfrist zu gestatten. Bei der nächsten Erscheinung soll er zuerst seine allfälligen Einwendungen gegen die Erheblichkeit der Beweissätze, so wie gegen die Art und Weise, wie selbe gestellt

[326]) Immerhin kann nach obergerichtlicher Praxis der misslungene Beweis im Neurechtsprozesse ergänzt werden, wenn die Partei neue Beweismittel findet. (Entscheid vom 29. Dezember 1866, vgl. Rechenschaftsbericht für das Jahr 1866, p. 30).

worden, erheben und namentlich, wenn der Satz mehrere Tatsachen enthalten sollte, eine Trennung verlangen.

Er darf auch seinerseits der Schwörformel solche Tatsachen beifügen, die auf den Entscheid der Streitsache Einfluss haben können.

Diese in Abs. 2 dem Delaten eingeräumte Befugnis macht nun die Eidesdelation faktisch zu einem ganz andern Institute, als wie sie in den Prozessgesetzen der andern Kantone sich gestaltet; für den Deferenten ist sie ein viel gefährlicheres Mittel, weil ja der Delat durch Beifügung neuer Tatsachen der Eidesleistung eine total andere Wirkung verleihen kann, als wie sie der Deferent in der Delation beabsichtigte. Aus der reichhaltigen Judikatur des *solothurnischen* Obergerichts über dieses Modifikationsrecht ist zu entnehmen, dass der Delat der Eidesformel selbst solche Tatsachen beifügen kann, welche einen Gegenbeweis bilden, z. B. die der eingeklagten Forderung entgegengestellte Behauptung der Zahlung,[327]) dass er überhaupt alles beifügen kann, was die zu beschwörenden Tatsachen zu annulliren oder zu ändern geeignet ist und Einfluss auf den Entscheid ausüben kann;[328]) dagegen sind Tatsachen zur Modifikation ungeeignet, welche darauf gerichtet sind, ein selbständiges Forderungsrecht (wofür Kompensation geltend gemacht werden will) zu begründen.[329]) Dieses für den Delaten äusserst günstige Modifikationsrecht gilt aber nur für den Fall, dass der Delat den Eid annehmen und schwören will, dagegen nicht für die Relation, denn der citirte § 271 hat nur die Delation, nicht auch die Relation, im Auge. Eine

---

327) So Entscheid des Obergerichtes vom 28. März 1851, vgl. *J. Mollet*, Ergänzungen des Civilgesetzbuches und der Civilprozessordnung des Kantons *Solothurn*, Solothurn 1866, p. 441, No. 2.

328) Entscheid des Obergerichtes vom 6. April 1854 (Rechenschaftsbericht pro 1854, p. 36; bei *Mollet*, p. 441, No. 3).

329) Entscheid des Obergerichtes vom 11. November 1858 (Rechenschaftsbericht pro 1858, p. 14; bei *Mollet*, p. 442, No. 5); ebenso der Entscheid vom 25. Mai 1881 (Rechenschaftsbericht pro 1881, p. 37).

entgegengesetzte obergerichtliche Judikatur[330]) ist in neuerer Zeit berichtigt worden.[331]) Es ist merkwürdig, dass ein solch' originelles, der Billigkeit aber durchaus entsprechendes Institut nicht grössere Verbreitung gefunden hat. Ist es doch in viel grösserem Masse als die Gewissensvertretung im Stande, die Lage des Delaten mit derjenigen des Deferenten auszugleichen und die Gefahren, welche in den allzuhäufigen Eideszuschiebungen liegen, zu paralysiren.

Dass die Partei, welcher der Eid zugeschoben worden ist, nach der Annahme-Erklärung nicht mehr zurückschieben könne, sagen nur die Kantone *Freiburg* (Art. 2204) und *Wallis* (Art. 1238) ausdrücklich. Dies gilt aber auch für die übrigen Kantone, da diese nirgends dem Delaten die Befugnis einräumen, von seiner Erklärung abzugehen, so lange der Eid noch nicht geleistet ist, wie dies z. B. in der *badischen* C. P. O. von 1831 (§ 594) geschieht. Ebenso wenig kann aber auch der Deferent von seiner Delation zurücktreten, wenn sich der Gegner zur Annahme erklärt hat, sonst würde die Delation auf eine unwürdige Spielerei, auf ein Pröbeln hinauslaufen. Diese vom französischen Recht (C. c. Art. 1364) aufgestellte Bestimmung ist von den Gesetzbüchern aller französisch-schweizerischer Kantone adoptirt worden (*Freiburg* Art. 2205, *Waadt* Art. 1016, *Wallis* Art. 1248, *Neuenburg* Art. 1112, *Genf* Art. 1364); von den übrigen Kantonen ist sie als selbstverständlich weggelassen worden. Dasselbe, was für den Deferenten bezüglich der Delation, gilt natürlich auch für den Referenten bezüglich der Relation, wie die angeführten Kantone ausdrücklich bestimmen. Anderseits ist es aber durchaus zulässig und als eine auf die Vereinfachung des Prozessganges gerichtete Bestimmung zu billigen, dass der Deferent oder der Referent den Delaten oder Relaten, der sich zur Annahme er-

[330]) Entscheid vom 24. April 1862 (Rechenschaftsbericht pro 1862, p. 26; bei *Mollet*, p. 444, No. 2 zu § 272).

[331]) Entscheid vom 11. Mai 1882 und 10. September 1886 (Rechenschaftsberichte pro 1882, p. 29, und pro 1886, p. 31/32).

klärt hat, von der Ableistung des Eides zu dispensiren ermächtigt wird. Sobald die Annahme erklärt wird, ist ja das Resultat der Beweisführung unabänderlich bestimmt, denn die Eidesleistung selbst hat keinerlei Einfluss auf die Wirkung der Annahmeerklärung. Der erlassene Eid gilt dann als geleistet. Diese Erleichterung wird aber nur gewährt in den vier Kantonen *Solothurn* (§ 276), *Aargau* (§ 258), *Tessin* (Art. 280) und *Wallis* (Art. 1242), welche sie wol aus der ältern *badischen* Civilprozessordnung (§ 604: „Der vom Gegner erlassene Eid wird dem geleisteten gleich geachtet.") herübergenommen haben.

Die Wirkung der Relation (in *Aargau* „Zurückbietung" genannt) ist überall die nämliche: Der Relat hat das Beweisthema zu beschwören, ohne dass ihm die Gewissensvertretung gestattet wäre (eine solche würde ja mit der Hauptbeweisführung, auf welche der Deferent mit der Delation verzichtet hat, zusammenfallen und als solche meist von vornherein unmöglich sein). Überall hat der Relat den Wahrheitseid zu leisten, da die Relation nur zulässig ist, wenn es sich um ein factum proprium deferentis handelt.

4. Die Beweiskraft des geleisteten Schiedseides ist überall eine formell bindende, jeden Gegenbeweis (selbst im Reformprozess) ausschliessende. Nur in *Uri* (§ 63) kann der Eid durch einen Gegenbeweis vermittelst fünf übereinstimmender „Gegenzeugen" entkräftet werden. Die Überführung wegen Meineids, die stets im Strafverfahren zu erfolgen hat, hat nur zur Folge, dass nun der Meineidige zum Ersatz desjenigen Schadens verurteilt wird, der dem Deferenten durch die Leistung des Eides entstanden ist. Das Resultat des frühern Civilprozesses wird dadurch nicht alterirt.

———

§ 34.

4. Der Not- oder richterliche Eid.

Die heutige Gestalt des Noteides hat sich erst in der deutschen gemeinrechtlichen Prozesspraxis ausgebildet, nachdem die Glosse und das kanonische Recht die im corpus iuris enthaltenen Rudimente desselben bereits zu einem festen Systeme geschaffen hatten.[332]) Der germanische Reinigungseid des Beklagten ist danach nicht als Vorläufer, wenigstens nicht als rechtsbildender Vorläufer des heutigen Reinigungseides zu betrachten. Ein Anklang an germanisches Recht findet sich nur in *Schwyz,* wo der Reinigungseid derjenigen Partei gestattet wird, die, um sich von einer wider sie erhobenen Klage zu befreien, keinen vollständigen Beweis zu leisten im Stande ist (§ 273, ebenso der Entwurf § 228), und in *Freiburg,* wo der Reinigungseid einer Partei auferlegt wird behufs ihrer Befreiung von einer Ansuchung, oder zur Bekräftigung ihrer Verneinung eines Zutrauensmissbrauches oder einer unerlaubten Unterschlagung (Art. 2211).

Im allgemeinen haben sich die schweizerischen Civilprozessgesetze unmittelbar an das gemeine Recht angeschlossen, das auch von der ältern *badischen* C. P. O. wie auch von der *hannöver*'schen adoptirt worden war. Von den französischen Kantonen folgen einzig *Neuenburg* und *Genf* ihrem Mutterrechte, dem Code civil, der sich in keinem wesentlichen Punkte von der gemeinrechtlichen Normirung entfernt. Die grösste Abweichung weist *Baselstadt* auf, welches ähnlich (aber nicht so weitgehend) wie der gegenwärtige deutsche Reichscivilprozess das Requisit der vorangegangenen Beweisführung aufgegeben hat. Ferner weisen Eigentümlichkeiten auf die Kantone *Solothurn* und *Waadt,* welche den Noteid nur als Erfüllungseid in Verbindung mit dem Buchbeweise, und die Kantone *Aargau,*

[332]) Vgl. *Wetzell*, System, § 26, p. 276 ff.

Tessin und *Wallis*, welche nur den Erfüllungseid kennen, sowie *St. Gallen*, wo ein ganz abweichend konstruirter Reinigungseid existirt.

Nach gemeinem Prozessrechte wird in dem Falle, da der Beweisführer einen halben oder mehr als einen halben, aber keinen ganzen Beweis erbracht hat, demselben der Erfüllungseid (iuramentum suppletorium), bei weniger als halbem Beweise dem Beweisgegner der Reinigungseid (iuramentum purgatorium) ex officio aufgelegt. Eine Beweisführung muss dem Noteide aber stets vorangegangen und darf nicht ganz resultatlos geblieben sein, sonst würde das Beweisthema ohne Noteid für unwahr gehalten. Wo die Beweistheorie keine greifbaren Normen zur quantitativen Abstufung der Beweisresultate an die Hand gibt, tritt das Ermessen des Richters in dem Sinne ein, dass grössere Glaubwürdigkeit der einen Partei und besseres Wissen von der zu beschwörenden Tatsache für die Entscheidung der Frage, wem der Noteid auferlegt werden soll, den Ausschlag zu geben haben. [333]) Durch den Erfüllungseid wird der unvollständige Beweis zu einem vollen und zwar juristische Wahrheit schaffenden Beweis ergänzt (daher die hin und wieder auftretende Bezeichnung „Ergänzungseid“, die manchenorts aber auch für den Noteid überhaupt verwendet wird); durch den Reinigungseid wird er vollständig entkräftet (daher hie und da auch „Entkräftigungseid“ genannt) und zwar so, dass der Beweissatz für nicht wahr betrachtet wird.

Dem gemeinen Prozesse am nächsten kommen die Kantone *Bern* (§§ 263 f.), *Schwyz* (§§ 270 ff., Entwurf §§ 225 ff.) bezüglich des Erfüllungseides, *Obwalden* (§ 93), *Glarus* (§ 204), *Zug* (§ 101), *Baselland* (§ 161), *Schaffhausen* (§ 289, Entwurf § 278) und *Thurgau* (§ 210). In allen diesen Kantonen wird eine unvollständig gebliebene Beweisführung (inopia probationum) vorausgesetzt und die Frage, ob ein Erfüllungs- oder ein Reinigungseid aufzulegen sei, wird nach der grössern oder

---

[333]) *Renaud*, Lehrbuch, § 142; *Wetzell*, System, § 26, p. 279.

geringern Wahrscheinlichkeit, welche für die tatsächlichen Behauptungen der einen oder andern Partei erbracht worden ist, entschieden. Das Ermessen des Richters spielt hier schon eine etwas grössere Rolle als im gemeinen Prozesse, da das Kriterium des halben Beweises nicht mehr aufgestellt wird; freilich exemplifizirt z. B. *Schwyz* gerade mit einem halben Beweise (Aussagen eines oder mehrerer in ihrer Glaubwürdigkeit geschwächten Zeugen). In *Obwalden* und *Zug* ist nicht nur die höhere oder geringere Wahrscheinlichkeit der zu beweisenden Tatsachen, sondern auch die persönliche Glaubwürdigkeit der Parteien zu berücksichtigen. *Glarus* zeichnet sich dadurch aus, dass hier bei Auflegung des Noteides mit aller Vorsicht verfahren und dieser nur im äussersten Fall auferlegt werden soll. Dass in *Schwyz* der Reinigungseid eine andere Gestalt annimmt als in den übrigen Kantonen, ist bereits angedeutet worden. Der angeführte Wortlaut kann wol nicht anders interpretirt werden, als dass der Reinigungseid immer zur Ergänzung einer unvollständig gebliebenen Gegenbeweis- oder Einredebeweisführung aufgelegt wird. In *Baselland* ist der Noteid überhaupt nur in denjenigen Fällen zulässig, die in die Urteilsbefugnis des Bezirksgerichtes gehören, sowie in Forderungsstreitigkeiten, die den Betrag von 50 Fr. übersteigen. In *Bern* endlich wird unterschieden zwischen Beweis durch Schlussfolgerung, welcher eine überwiegende, der Gewissheit nahe kommende Wahrscheinlichkeit ergeben muss, um durch einen Erfüllungseid ergänzt werden zu können, und dem direkten durch Gegenbeweis wesentlich geschwächten oder an und für sich nur eine grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit gewährenden Beweis, welcher einen Erfüllungseid oder einen Reinigungseid zur Folge haben kann. Hier wird überdies ausdrücklich bestimmt, dass bei gänzlich misslungener Beweisführung keine Eidesauflage stattfinde, sondern die Tatsachen als nicht erwiesen angenommen und ohne weiteres zum Hauptorteile geschritten werde, was in gleicher Weise in den andern Kantonen der Fall ist, da ja überall wenigstens

einige Wahrscheinlichkeit als Resultat der Beweisführung verlangt wird.

In den Kantonen *Aargau* (§§ 253 f.), *Tessin* (Art. 268) und *Wallis* (Art. 1244 ff.) wird nur der Erfüllungseid zugelassen und zwar im ersten Kantone stets nur dann, wenn ein Zeugenbeweis vorausgegangen und dieser insoweit unvollständig geblieben ist, als das Beweisthema durch die Aussage eines nicht verwerflichen Zeugen als wahr bestätigt worden ist; ebenso in *Wallis*, wo er jedoch auch vorgesehen ist zur Ergänzung des durch Handels- und Hausbücher geführten (halben) Beweises. Dagegen ist er hier gänzlich ausgeschlossen, wenn „das Begehren" an Kapital und Zinsen 150 Frk. übersteigt oder ursprünglich so hoch geltend gemacht, nachher aber beschränkt wird, oder wenn endlich die geforderte Summe der Rest eines 150 Frk. übersteigenden Betrages ist, d. h. in denjenigen Fällen, in welchen auch der Zeugenbeweis unzulässig ist. In *Tessin* ist er immer zulässig, wenn eine der Parteien einen Umstand nicht vollständig erwiesen hat.

Dass *Solothurn* (§ 284) und *Waadt* (Art. 1019) den Noteid ebenfalls nur als Erfüllungseid und auch diesen nur in Verbindung mit dem Beweise durch Handels- oder Hausbücher kennen, ist bereits erwähnt worden. Hervorzuheben ist hiebei blos noch, dass in *Solothurn* der Eid nur aufgelegt wird, wenn der Streitwert 12 Fr. übersteigt, und dass der Probat berechtigt ist, den Gegenbeweis mit der Wirkung zu übernehmen, dass alsdann dem Probanten der Eid nur insoweit gestattet wird, als der Gegenbeweis nicht übernommen wurde, dass aber das Misslingen des letztern Annahme der Wahrheit der durch ihn angefochtenen Tatsachen zur Folge hat. Und in *Waadt* besteht für Nichthandelssachen noch die Voraussetzung, qu'il ne soit pas question de la constitution ou de la quittance d'un capital.

Ganz beschränkt ist die Auflage des Noteides in *Freiburg* (Art. 2209 und 2211), wo er nur in den durch das Civilgesetzbuch speziell bezeichneten Fällen zulässig erklärt wird. Unter allen Umständen kann der Erfüllungseid nur zur Er-

gänzung eines Beweises solcher Tatsachen aufgelegt werden, für welche eine gesetzliche Vermutung spricht oder der Anfang eines Beweises erbracht ist. Die eigentümliche an den altdeutschen Reinigungseid erinnernde Gestaltung des Reinigungseides ist bereits geschildert worden.

Eine vollständig fremdartige Erscheinung treffen wir sodann in *St. Gallen* (Art. 175 ff.), wo unter dem Titel „Parteieid" der Noteid in zwei verschiedenen Gestalten behandelt wird. Der Erfüllungseid, welcher derjenigen Partei aufgelegt werden kann, die durch Urkunden, Zeugen, Sachverständige, oder durch gewichtige Anzeigen einen halben Beweis geleistet hat, bietet keine Eigentümlichkeiten dar; er weicht von seinem gemeinrechtlichen Muster nicht wesentlich ab; wol aber der sogenannte Entlastungseid, welcher die Funktionen des Reinigungseides vertritt. Seine Natur geht aus den Art. 180 ff. hervor:

> (180) Der Beweisführer, welcher einen halben Beweis geleistet hat, ist berechtigt, falls er selbst nicht eidesfähig wäre, oder auch aus andern Gründen, über die von ihm behaupteten Tatsachen die Eidesleistung der Gegenpartei, sofern diese eidesfähig ist, dahin zu übertragen, dass sie das Nichtwahrsein, oder in Fällen, wo sie keine persönliche Wahrnehmung gemacht haben könnte, das Nichtwissen der von ihm behaupteten Tatsachen beschwöre.
>
> Auch in diesem Falle hat der Beweisführer die Sätze, welche der Gegner beschwören soll, schriftlich einzureichen.
>
> (181) Die Partei, welcher der Eid vom Beweisführer übertragen wird, mag an den von diesem eingelegten Schwörsätzen rücksichtlich der Fassung derselben in schriftlicher Eingabe Abänderungen vorschlagen, welche aber niemals andere Tatsachen in sich schliessen dürfen, als die vom Beweisführer behaupteten, für welche nämlich schon ein halber Beweis geleistet ist.

(185) Die Ablehnung des Entlastungseides über jeden vom Gerichte anerkannten Schwörsatz ist als förmliches Zugeständnis der betreffenden, vom Beweisführer behaupteten Tatsache anzusehen.

Eigentümlich sind hier einmal die Voraussetzungen, unter denen der Entlastungseid geschworen werden kann: der Beweisführer muss einen halben Beweis geleistet haben, wie beim Erfüllungseid, und sodann muss er entweder eidesunfähig sein oder es müssen bestimmte besondere Gründe, die aber vom Gesetz nicht speziell genannt werden, vorhanden sein, welche ihn zur Delation des Entlastungseides berechtigen. Solche Gründe mögen z. B. darin bestehen, dass das Eidesthema Tatsachen beschlägt, die der Beweisführer nicht der Wahrheit nach beschwören könnte (der Erfüllungseid ist nach Art. 183 stets als Wahrheitseid zu schwören). Es sind demnach ganz andere Voraussetzungen als diejenigen, welche in den andern Kantonen für den Reinigungseid aufgestellt werden. Eine hauptsächliche Unregelmässigkeit besteht sodann darin, dass der Entlastungseid vom Beweisführer deferirt werden muss, so dass derselbe in dieser Beziehung ganz die Form eines Schiedseides annimmt. Dass diese Ähnlichkeit aber nur eine äusserliche ist, geht nicht nur aus Art. 185 hervor, wonach eine Rückschiebung in allen Fällen unstatthaft ist, sondern auch aus der dem Schiedseide durchaus fremden Voraussetzung des Vorhandenseins eines halben Beweises, so dass bei gänzlichem Mangel an Beweismitteln (für welchen Fall der Schiedseid ja vornehmlich zu fungiren bestimmt ist) die Delation nicht möglich ist. Dem besprochenen Entlastungseide wohnt vielmehr durchaus die Natur des Noteides inne. Der Gesetzgeber wollte prinzipiell nur den Erfüllungseid aufstellen und überhaupt keinen Eid zulassen, wenn nicht wenigstens ein halber Beweis geleistet worden; um aber den Beweisführer, welcher selber nicht schwören kann, und doch bereits einen halben Beweis geleistet, nicht einfach sachfällig werden zu lassen nach dem Satze *actore non probante reus absolvitur,* soll ihm erlaubt

sein, die Sache in das Gewissen des Probaten zu stellen. Beschwört dieser die Unwahrheit der Beweistatsachen, dann hat der Beweisführer wenigstens optima forma verloren und der Richter kann juristische Gewissheit seinem Urteile zu Grunde legen; schwört der Probat aber, wie der Probant erwartet, nicht, so wird damit die Wahrheit des Beweisthemas zu einer juristischen, den Richter bindenden, und so ist wiederum ein unzweifelhaftes, auf absolut sicherer Grundlage beruhendes Urteil zu Stande gekommen. So hat man sich wol den Gedankengang vorzustellen, welcher den Gesetzgeber zur Einführung des eigentümlichen Entlastungseides bestimmt hat.

Das *französische* Recht haben die beiden Kantone *Neuenburg* (Art. 1144 ff.) und *Genf* (Art. 1366 ff.) adoptirt, wo als Voraussetzungen der Auflegung eines Noteides einfach genannt werden (Art. 1367):

> 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée;
>
> 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénouée de preuves.

Genf fügt, wie der Code civil, erläuternd hinzu:

> Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

Es sind die nämlichen Voraussetzungen, welche das gemeine Recht aufstellt, denn auch dieses lässt weder bei vollständigem noch bei ganz unvollständigem Beweise den Noteid zu. Die Wahl zwischen dem Erfüllungs- und dem Reinigungseide ist völlig in das Ermessen des Richters gestellt, wie in der erstangeführten Gruppe der Kantone, die dem gemeinrechtlichen System am nächsten stehen.

Einen bedeutsamen Schritt hat nun die Prozessordnung von *Baselstadt* gewagt, indem sie nicht mehr unbedingt darauf abstellt, dass einiger Beweis erbracht sei, sondern dem Richter auch ohne vorangegangene Beweisführung die Befugnis, der einen oder andern Partei einen Noteid aufzulegen, einräumt, wie aus Art. 139 hervorgeht:

> Wenn eine Partei für ihre Behauptungen zwar etwelchen, aber nach des Richters Ermessen nicht hinlänglichen Beweis beigebracht hat, oder wenn sonst starke Wahrscheinlichkeitsgründe ihrem Vorbringen zur Seite stehen, so kann, je nach Gestalt der Umstände und dem Leumden der betreffenden Person, der beweispflichtigen Partei der Ergänzungseid oder der Gegenpartei der Entlastungseid (Reinigungseid) auferlegt werden, dessen Inhalt genau in dem Urteil anzugeben ist.

Damit hat sich der *Basler* Prozess vollständig von dem gemeinrechtlichen Prinzipe der Subsidiarität des Noteides losgemacht. Das Gericht kann eine voraussichtlich unnütze Beweisführung durch Auflegung des Noteides an diejenige Partei, deren Vorbringen dem Richter die grössere (und zwar eine starke) Wahrscheinlichkeit für sich zu haben scheint, verhindern, ähnlich wie nach der französischen Prozesspraxis jeder Beweis überhaupt abgeschnitten werden kann, wenn der Richter schon ohne solchen sich für überzeugt hält.[334]) Wie weit ist aber dieses vorgeschrittene *Basler*system, das nachher vom deutschen Reichscivilprozess (§ 437) adoptirt worden, von dem Ideale der französischen Jurisprudenz entfernt, die dem Richter gestattet, „von der Benützung des fatalistischen Eides abzusehen und die höchste Wahrscheinlichkeit für vollen Beweis zu nehmen, oder eine geringe Wahrscheinlichkeit gleich dem Fehlen alles Beweises unbeachtet bei Seite zu setzen!" Nur die Abschaffung des Eides wird bei uns das ermöglichen, was in *Frankreich* trotz des gesetzlich vorgesehenen Noteides schon längst geschehen. Die überzeugungsbildende Funktion des beweislosen Parteivorbringens ist in neuerer Zeit immer mehr anerkannt worden, ein Umstand, der Ideen gezeitigt hat, die im nächsten Kapitel näher erörtert werden sollen.

---

[334]) Vgl. *Zink*, Sachverhalt, p. 354.

Das gemeinrechtliche System des Noteides lässt diesen von Amtswegen den Parteien auflegen. Der Richter, welcher mit einem unvollständigen Beweise nach der formalen Beweistheorie nichts anfangen kann, ist ja von sich aus gezwungen, den Noteid zu Hilfe zu nehmen, „damit er nicht in die Notwendigkeit versetzt werde, ein ‚non liquet' auszusprechen und dadurch die streitenden Teile gleichsam zur Selbsthilfe zu verweisen," wie *Bayer* [335]) in recht charakteristischer Weise sagt. Der Noteid ist nicht so sehr ein in die Hände der Parteien gelegtes Beweismittel, als vielmehr ein Notbehelf für den Richter. Deshalb kann denn auch die Offizialität des Noteides vom Standpunkte des gemeinen Rechtes nicht als ein Einbruch in das Verhandlungsprinzip aufgefasst werden: die Parteien haben mit den gewöhnlichen Beweismitteln alles bewiesen, was sie beweisen konnten; was zur Vervollständigung des Beweises und zur Ermöglichung eines Urteiles noch erfolgt, das wird wesentlich nicht durch die Tätigkeit der beweisenden Partei (sonst gäbe es auch nur einen Erfüllungseid) herbeigeführt, sondern durch die vom Richter zur Anwendung gebrachte fatalistische Entscheidung (durch Auflage des Noteides). Das kumulirende Antragsrecht der Partei alterirt das Prinzip der Offizialität in keiner Weise.

Auf diesem Standpunkte stehen in der Schweiz die Kantone *Bern* (§ 263), *Freiburg* (Art. 2209 und 2211), *Baselstadt* (§ 139), *Baselland* (§ 161), *Schaffhausen* (§ 289, Entwurf § 278), *Thurgau* (§ 210), *Wallis* (Art. 1244), *Neuenburg* (Art. 1114) und *Genf* (Art. 1366), in welchen den Parteien stets das Antragsrecht eingeräumt wird, während prinzipiell das Gericht den Eid auflegt. Ebenso die *bundesgerichtliche* C. P. O. (Art. 153) und die D. R. C. P. O. (§ 437).

Anders nun die Kantone *Schwyz* (§ 278, Entwurf 233), *Obwalden* (arg. Art. 94), *Zug* (§ 101), *Solothurn* (§ 284), *St. Gallen* (Art. 177), *Aargau* (§ 254), *Tessin* (Art. 268) und

---

[335]) *Bayer*, Vorträge, § 272, p. 910.

Waadt (Art. 1019), welche die Auflegung des Noteides als eines reinen Beweismittels von der Geltendmachung desselben durch die Parteien abhängig machen, d. h. nur auf Antrag erfolgen lassen. Hier wird also nicht nur der Erfüllungseid des Probanten, sondern auch der Reinigungseid des Probaten als Beweistätigkeit der Parteien aufgefasst. Nur *Aargau* und *Tessin* machen eine Ausnahme, da diese Kantone keinen Reinigungseid haben. Trotz der vorherrschend streng formalen Beweistheorie lässt sich der Richter nicht ex officio dazu herbei, einen unvollständigen Beweis zu vervollständigen. Die Verhandlungsmaxime wird hier so streng durchgeführt, dass selbst da, wo alle natürlichen Beweismittel erschöpft sind, ein richterliches Eingreifen für unstatthaft betrachtet wird. Wenn dies mit Bezug auf den Erfüllungseid des Probaten als Konsequenz der in Theorie und Praxis eingewurzelten Auffassung derselben als eines Beweismittels begreiflich erscheint, so erregt doch die gleiche Behandlung des Reinigungseides, der stets auf die Vernichtung jeglichen Beweises gerichtet ist, Bedenken. Es ist doch ein allzu grosses Privileg des Probanten, wenn er, trotzdem er seine tatsächlichen Behauptungen nicht einmal bis zu einem gewissen Grade wahrscheinlich gemacht hat, durch die Unterlassung des Probaten, der auf den Reinigungseid anzutragen vergisst, gewinnen kann (oder wie sollte in solchem Falle anders als zu seinen Gunsten entschieden werden, wenn der Richter doch nicht auf ein non liquet und auch nicht zu Gunsten des Probaten, der gar nichts bewiesen hat, erkennen darf?). Freilich wird in der Praxis der verständige Richter die unbeholfene Partei auf ihr Schwurrecht aufmerksam machen und so die eben angeführte mögliche Ungerechtigkeit vermeiden. Der Satz *actore non probante reus absolvitur* wird aber theoretisch geradezu auf den Kopf gestellt. Es zeigt sich damit zugleich, dass die reine Beweismittelnatur beim Eide eben nicht durchführbar ist, dass dieser als nichts anderes dienen kann, denn als richterliches Hilfsmittel. Als solches ist er unter der Herrschaft der formalen Beweistheorie

allerdings unentbehrlich, während er beim Systeme der freien Beweiswürdigung, welches den Richter in den Stand setzt, alle und jede Momente der Verhandlung und des Beweisverfahrens bei der Bildung seiner Überzeugung als wirksame Faktoren zu berücksichtigen, überflüssig wird. In den Kantonen *Solothurn, Baselstadt, Baselland* und *Schaffhausen,* welche im übrigen freie Beweiswürdigung haben, ist daher, wie im deutschen Reichscivilprozess, der Noteid viel weniger zu rechtfertigen, als in den andern Kantonen, die zum Teil mehr, zum Teil weniger vollständig auf dem Standpunkte der formalen Beweistheorie stehen.

Einen ganz andern früher schon angedeuteten Standpunkt nimmt *Wach*[336]) ein, welcher sowol dem Erfüllungs- als auch dem Reinigungseide beweisende Kraft zuschreibt. M. E. hat aber der Eid nicht die geringste Überzeugungskraft in sich; er entnimmt, wie wiederholt bemerkt, seine prozessuale Verwendbarkeit lediglich der gesetzlichen Vorschrift, nach welcher jede Eidesleistung formale Wahrheit schafft. Ist der Richter vor der Auflage des Noteides nicht vollkommen überzeugt, so ist die Bildung einer vollkommenen Überzeugung überhaupt nicht möglich; was ihn dazu bestimmt, gerade den Erfüllungs- und nicht den Reinigungseid aufzulegen, das ist das grössere Vertrauen, welches er nach Abwägung aller bei der Bildung der Überzeugung in Betracht kommender Faktoren der beweisführenden Partei entgegenbringt; das Vorbringen und allfällige Beweisführung der Partei ist das einzige, welches zu überzeugen im Stande ist; der Eid kann diese Überzeugung weder vermehren noch auch nur bestätigen, denn seiner Natur nach schliesst er ja jedes freie Raisonnement aus. Wenn der Gesetzt geber dem Noteide dennoch die Rolle eines Beweismittels zuschreibt, indem er denselben nur auf Antrag zulässt, so tu- er damit einen Missgriff, der den Richter in die oben geschilderte Verlegenheit bringen kann. Auf der andern Seite muss man

---

336) *Wach,* Vorträge, p. 176; vgl. oben p. 364.

aber sagen, dass diejenigen Kantone, welche in richtiger Weise den Noteid ex officio auflegen lassen und trotzdem denselben als Beweismittel bezeichnen, eine Inkonsequenz begehen; denn die Beweismitteleigenschaft des Eides verlangt unmittelbar, dass dieser der Parteidisposition unterliege. Nur die Kantone *Freiburg, Baselstadt, Wallis* und *Genf* trifft der Vorwurf der Inkonsequenz nicht, da hier, wie oben (pag. 38 ff.) ausgeführt worden ist, auch der Richter als Beweissubjekt auftreten kann. Es ist dieser Widerspruch zwischen Benennung und Durchführung eines Rechtsinstitutes uns schon einmal begegnet im Kapitel der Expertise, wo wir sahen, dass trotz deren Benennung als Beweismittel die richtige Auffassung als eines richterlichen Hilfsmittels in einer Reihe von Kantonen verwirklicht worden ist. Die Macht der Tradition, welche in ihrer ursprünglichen Gestalt vollständig Recht gehabt, hindert uns ja so oft, völlig veränderte moderne Ideen aus ihrem alten Gewande heraus nach ihrem wahren Wesen zu erkennen; gerade die Rechtswissenschaft bietet uns heute noch diese Erfahrung. Welche Mühe kostet es z. B., den durch das unmittelbare praktische Bedürfnis geschaffenen neuen Rechtsinstituten des modernen Güterverkehrs die adäquate Formulirung zu geben, ohne den althergebrachten Rubriken des althergebrachten Systems Rücksicht zu tragen?

Die „Beweiskraft“ des Noteides ist diejenige des Eides überhaupt: formale bindende Wahrheit. Das drücken die meisten Kantone dadurch aus, dass sie sagen, es werde durch den Noteid unvollständiger Beweis zu vollständigem ergänzt oder ganz entkräftet. Nur *Baselland* (§ 164) und *St. Gallen* (Art. 175) enthalten eine weitere ausdrückliche Feststellung der formalen Beweiskraft.

§ 35.

5. Der Manifestations- und der Schätzungseid.

I. Der Manifestationseid (Offenbarungseid, giuramento di denuncia o manifestazione). Die interessante historische Entwicklung des Manifestationseides[337]) hat gemeinrechtlich darin ihren Abschluss gefunden, dass in ganz bestimmten Fällen der Eid darüber deferirt werden kann, dass der Schwurpflichtige, welcher der Verheimlichung oder Unterschlagung verdächtig ist, von den zu einem Vermögensganzen gehörigen Objekten nichts verheimlicht und nichts unterschlagen habe.[338]) Gewissensvertretung und Relation sind ausgeschlossen, so dass dieser Eid, „obwol von einem Antrage abhängig, doch die Natur eines notwendigen, d. h. eines Reinigungseides, hat".[339]) Partikularrechtlich ist diese Anwendung des Manifestationseides bald ausgedehnt, bald eingeschränkt worden. Nach der *österreichischen* A. G. O. (§§ 219 und 220) hat jeder, der schuldig ist, ein Vermögen oder Schulden anzugeben, auf Begehren des Gegners die Richtigkeit seiner Angaben zu beschwören, und es können sogar Dritte zum Eide darüber, was ihnen über das streitige Vermögen bekannt ist, gezwungen werden, wenn sie von einer „besorglichen Vertuschung mutmasslich Wissenschaft haben dürften". Die ältere *badische* C. P. O. (§§ 648 ff.) hat die gemeinrechtliche Normirung adoptirt, jedoch den Offenbarungseid auf den Fall, wo ein in gesetzlicher Form errichtetes Vermögensverzeichnis vorhanden ist, beschränkt, und bestimmt ferner, dass von Eltern weder die Kinder noch die Pfleger derselben den Manifestationseid verlangen können. Ganz eingeschränkt und einzig auf die Anwendung im Exekutions-

---

337) Vgl. *Wetzell*, System, § 28, p. 294 ff und die dort (Note 14) Citirten.

338) ibidem, p. 295/96 und p. 298.

339) ibidem, p. 300.

verfahren verwiesen, finden wir den Manifestationseid in *Hannover* (§ 547) und neuerdings nun auch im *deutschen Reichscivilprozess* (§§ 711 und 769). Damit hat er die Natur eines Beweismittels eingebüsst und ist zu einem Hilfsinstitut des Vollstreckungsverfahrens herabgesunken. Als solches fällt er in der gegenwärtigen Darstellung ausser Betracht.

In der *Schweiz* sind es nur die Kantone *Bern* (§ 257), *Freiburg* (Art. 2213), *Aargau* (§§ 249 ff.) und *Tessin* (Art. 272 f.), welche den Manifestationseid in der Beweismittellehre erwähnen. Von diesen beschränkt sich *Bern* darauf, zu sagen:

> Dem zugeschobenen Eide ist in seinen Wirkungen gleich zu achten der Manifestationseid, welcher in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig ist, jedoch nicht zurückgeschoben werden darf.

während die übrigen Kantone die Voraussetzungen allgemein festsetzen. Hiebei lehnen sich *Aargau* und *Tessin* ganz an das *österreichische* Recht an, *Aargau* unter Beifügung der *badischen* Bestimmung, dass von leiblichen Eltern weder die Kinder noch deren Vertreter einen Offenbarungseid verlangen können. Auch *Freiburg* hat die extensive Normirung adoptirt, nach welcher der Offenbarungseid jedem auferlegt werden kann, welcher vermöge des Gesetzes verbunden ist, zu erklären, was ihm über eine gewisse Gesamtheit Vermögens bewusst sein mag. Jedoch ist die Ausdehnung auf Dritte hier unbekannt.

Als Folge der Verweigerung wird in *Freiburg* Schadenersatzpflicht, in *Aargau* die Behandlung eines widerspänstigen Zeugen und in *Tessin* „strafrechtlicher Zwang“ angedroht; in *Bern* dagegen wird auch darüber nichts allgemeines bestimmt.

Die kleine Zahl der Kantone, die den Manifestationseid noch haben, ist ein Zeichen dafür, dass dieser in der Schweiz ein fremdes und unbeliebtes Gewächs ist. Als ein Produkt der mittelalterlich-formalistischen Beweislehre ist er heute jedenfalls in seiner Allgemeinheit und seiner grossen Ausdehnung wissenschaftlich unhaltbar geworden.

II. Der Schätzungseid (Würderungseid, iusiurandum in litem, serment de taxation, giuramento estimatorio) ist als Spezialeid wie der eben besprochene Manifestationseid an bestimmte besondere Voraussetzungen gebunden, welche bei den übrigen Eiden nicht aufgestellt werden. Diese Voraussetzungen sind gemeinrechtlich ziemlich komplizirter Art: Der Kläger kann sich zum Schätzungseid nur anbieten, wenn der Beklagte einer Kondemnation auf Restitution oder Exhibition doloserweise keine Folge geben will, oder wenn die geschuldete Leistung vor ergangener Verurteilung durch Arglist oder grobes Verschulden des Schuldners unerfüllbar geworden ist.[340]) In diesem Falle ist der Antrag unter allen Umständen zulässig, während bei andern Klagen der Richter nur dann einen Schätzungseid gestatten darf, wenn er in Folge des vom Beklagten verschuldeten Untergangs des Streitgegenstandes keinen Massstab für die litis aestimatio hat,[341]) also nur in subsidium. Dabei kann der Richter nach Ermessen eine Summe bestimmen, über welche hinaus der Kläger nicht schwören darf (taxatio). Eine Spezialart des Schätzungseides bildet das sogenannte iuramentum Zenonianum, welches Derjenige, der aus einem Grundstücke dejizirt worden, darüber schwören kann, welche Mobilien ihm abhanden gekommen und welchen Wert diese besessen haben. Das iuramentum Zenonianum ist aber stets nur in subsidium und immer nur cum taxatione zulässig. Der Schätzungseid ist nur auf Antrag aufzulegen und kann nicht referirt werden.

Während nun partikularrechtlich der Würderungseid in seinem gemeinrechtlichen Umfange adoptirt, jedoch seiner Subsidiarität in allen Fällen enthoben wurde [so in *Österreich* (§ 214), *Hannover* (§ 302), *Bayern* (Art. 470)], haben umgekehrt alle sieben Kantone der Schweiz, welche ihn aufstellen, sich insofern dem französischen Rechte angeschlossen (C. c.

---

340) Vgl. *Renaud*, Lehrbuch, § 140.
341) ibidem.

Art. 1369), als dieses ihn nur da zulässt, wo der zu beschwörende Betrag auf keine andere Weise festgestellt werden kann. Jene Kantone sind: *Freiburg* (Art. 2214), *St. Gallen* (Art. 187), *Aargau* (§§ 246 ff.), *Tessin* (Art. 269 ff.), *Wallis* (Art. 1248), *Neuenburg* (Art. 1117) und *Genf* (Art. 1369).

Das französische Recht lässt den Schätzungseid ganz allgemein zu „sur la valeur de la chose demandée“, ohne die gemein- und partikularrechtliche Beschränkung auf diejenigen Fälle, in welchen der Beklagte dolos gehandelt hat, aufzustellen. Hierin schliessen sich ihm sowol die französischen Kantone *Freiburg*, *Wallis*, *Neuenburg* und *Genf*, als auch *St. Gallen* und *Tessin* an, während der Kanton *Aargau* in beinahe wörtlicher Anlehnung an die *österreichische* A. G. O. die Fälle, in denen der Schätzungseid zulässig ist, kasuistisch aufzählt. Gemeinsam ist den letztern ein doloses Verhalten des Beklagten, wie im gemeinen Rechte. § 246 der *aargauischen* C. P. O. lautet:

Wenn Jemand

a) einem Andern widerrechtlich Gewalt angetan;

b) eine Sache veräussert, oder verderbt, oder beschädigt, obwol er weiss, dass sie einem Dritten gehöre, oder von einem Dritten werde angesprochen werden; oder

c) wenn Jemand etwas in der bestimmten Zeit nicht übergibt, liefert, oder verrichtet, obschon er weiss, dass er solches zu übergeben, zu liefern, oder zu verrichten schuldig sei;

so kann der Gegner, wenn dadurch ein Schaden verursacht worden und die Beschädigung grundsätzlich anerkannt oder bewiesen ist, den Betrag des Schadens bestimmen und, sofern kein anderer Beweis dafür vorhanden ist, durch den Schätzungseid beschwören.

Danach scheinen die gemeinrechtlichen Bestimmungen über den Schätzungseid und das iuramentum Zenonianum zusammengenommen zu sein. Die Voraussetzung, dass der Schaden

grundsätzlich feststehen müsse, ist eine selbstverständliche[342]) und findet sich auch in *Freiburg*, *St. Gallen* und *Tessin*[343]) ausdrücklich aufgestellt.

Was das Taxationsrecht des Richters betrifft, so treffen wir dasselbe in den Kantonen *Aargau* (§ 248) und *Tessin* (Art. 271) in der Form einer in das freie richterliche Ermessen gestellten Moderationsbefugnis, wobei *Aargau* jedoch (wie sein Vorbild *Österreich*) den Richter anweist, stets mehrere Rücksicht auf den Beschädigten zu nehmen. Hierin offenbart sich recht deutlich das pönale Element des Schätzungseides, der gewissermassen durch das dolose Benehmen des Gegners erst voll gerechtfertigt wird. In den Kantonen *Wallis* und *Genf* dagegen wird geradezu eine Taxations pflicht des Richters aufgestellt, wie es der französische Code civil tut:

> . . . Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

Freiburg, *St. Gallen* und *Neuenburg* dagegen kennen weder ein Taxationsrecht noch eine Taxationspflicht.

Eine wesentliche Abweichung vom gemeinrechtlichen Systeme besteht sodann darin, dass die französischen Kantone den Schätzungseid auch ex officio zulassen, während die übrigen Kantone wie der gemeine Prozess dessen Ableistung stets von dem Antrage des Klägers abhängig machen.

Noch mehr aber nimmt der Schätzungseid die Natur eines gewöhnlichen Noteides an in den Kantonen *Wallis*, *Neuenburg* und *Genf*. Nach französischem und französisch-schweizerischem Rechte kann nämlich der Noteid nicht nur aufgelegt werden „pour en faire dépendre la décision de la cause", sondern auch „seulement pour déterminer le montant de la con-

---

[342]) Vgl. *Wetzell*, System, § 26, p. 280.

[343]) Art. 269: Il giusdicente deferisce il giuramento estimatorio dietro di lei istanza a quella parte che ha provato in genere la sua azione, ma che per cause ad essa non imputabili non può giustificare il valore delle cose domandate.

damnation“ (Art. 1366). Danach ist es nun möglich, dass einmal nicht blos in Fällen, da eine Sache eingeklagt wird, sondern in allen Prozessen, in welchen der Betrag der Kondemnation streitig ist, unter den Voraussetzungen des gewöhnlichen Noteides, also nicht unbedingt subsidiär, ein Schätzungseid auferlegt werden kann, und dass sodann ein solcher nicht nur vom Kläger, sondern auch vom Beklagten in der Form eines Reinigungseides geschworen werden kann.

In ganz eigentümlicher Weise wird die zuletzt angeführte Möglichkeit auch im Kanton *St. Gallen* geboten, wo nach Art. 187 bei allen Ersatzklagen, in welchen das Recht der Ansprache selbst bewiesen, das Mass aber des gutzusprechenden Betrages nicht anders auszumitteln ist, das Gericht, insofern und je nachdem der Kläger auf das Eine oder Andere abstellt, entweder ihm selbst den Eid abnehmen, dass sein erlittener Schaden mindestens x Franken betrage, oder dem Beklagten den Eid auflegen kann, dass der dem N. N. erwachsene Schaden jedenfalls nicht mehr als x Franken betrage. Der Schätzungseid ist hier subsidiär und nur auf Antrag zulässig; der Kläger hat die freie Wahl, entweder selber zu schwören, oder den Eid dem Gegner zu deferiren; Relation und Gewissensvertretung sind unzulässig. Bei dieser Sachlage kann dem *st. gallischen* Schätzungseide weder die Natur eines Schiedseides noch diejenige eines Noteides zugeschrieben werden; wir haben es mit einem iuramentum sui generis zu tun, das Elemente von der einen und der andern Eidesart in sich aufgenommen hat.

Sobald man das Requisit des dolosen Verhaltens des Beklagten aufgibt, wie es im französischen Rechte, in *St. Gallen* und *Tessin* geschieht, so erscheint die privilegirte Stellung des Klägers nicht mehr gerechtfertigt, denn in diesem Falle hat der Schätzungseid seinen pönalen Charakter vollständig abgestreift und nimmt die Natur eines Notbehelfes an, der bei Mangel an ordentlichem Beweismaterial ebensowol dem Richter als den Parteien zu dienen berufen ist. So hat denn auch

die D. R. C. P. O. (§ 260) die Ermittelung der Schadensgrösse (ja sogar auch diejenige des Schadens) in das freie Ermessen des Richters gestellt und diesem überlassen, dem Beweisführer den Eid über die Höhe des Schadens oder des Interesses cum taxatione aufzulegen.[344]) Der Kläger hat mithin nach der modernen Gestalt des Schätzungseides kein unbedingtes Recht mehr auf diesen, wie er es im gemeinen Rechte hatte und in *Aargau* heute noch besitzt. Als spezieller Noteid aber unterliegt auch der moderne Schätzungseid den Bedenken, welche gegen die Anwendung des Eides überhaupt sprechen: ein Überrest der alten formalen Beweislehre, muss er mit der Zeit dem uneingeschränkten Prinzip der freien Beweiswürdigung zum Opfer fallen.

Es ist klar, dass der Schätzungseid, wie der Manifestationseid, wegen seiner religiösen Natur nicht erzwungen werden kann. Aber auch seine Zulässigkeit überhaupt ist im Gebiete der Schadenersatzprozesse seit Inkrafttreten der Bundesgesetze betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrt-Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen (vom 1. Juli 1875), über das Obligationenrecht (vom 14. Juni 1881) und betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst (vom 23. April 1883) zum mindesten höchst zweifelhaft. Wenn nämlich das zuerst genannte Bundesgesetz in Art. 11 vorschreibt:

> Bei Streitigkeiten über die aus diesem Gesetze entspringenden Schadenersatzansprüche hat das Gericht über die Höhe des Schadenersatzes und die Wahrheit

---

[344]) Die grosse Tragweite des freien Ermessens in Schadenersatzprozessen geht aus wiederholten reichsgerichtlichen Entscheiden hervor. Danach darf das Gericht z. B., wenn es in Ermangelung bestimmter Anhaltspunkte auch nur im allgemeinen zu der Überzeugung gelangt, dass ein Schaden entstanden ist, nicht wegen mangelnder Substantiirung eines bestimmten Betrages den ganzen Anspruch abweisen, sondern hat von Amtswegen Schritte zur Beschaffung der erforderlichen Grundlagen für die Schätzung der Höhe zu tun. (R. G. IX, 418; X 78 u. 405.)

> der tatsächlichen Behauptungen nach freier Würdigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen zu entscheiden, ohne an die Beweisgrundsätze der einschlagenden Prozessgesetze gebunden zu sein, —

so wird damit m. E. die Anwendung aller und jeder Beweisregel ausgeschlossen, welche geeignet ist, das freie Ermessen, die freie Bildung richterlicher Überzeugung auszuschliessen und durch welche auf rein formale Weise eine Tatsache festgestellt wird; eine solche ist aber ohne Zweifel die Aufstellung des Schätzungseides, durch den das richterliche Ermessen vollständig verunmöglicht wird. Wenn auch die Voraussetzungen des Eides der Würdigung des Richters überlassen bleiben, so ist doch die Wirkung des Eides naturgemäss eine so formale, dass die durch ihn festgestellte Wahrheit nie und nimmer als das Resultat einer freien Beweiswürdigung betrachtet werden kann. Das Bundesrecht bricht hier das kantonale Recht unbedingt und das Bundesgericht wäre befugt, eine kantonalgerichtliche Entscheidung in einer Eisenbahnhaftpflichtsache, welche die Höhe eines Schadenersatzes einfach durch einen Schätzungseid feststellen würde, wegen Verletzung einer bundesrechtlichen Gesetzesbestimmung aufzuheben.[345]) (Staatsrechtlicher Rekurs.)

Das Gleiche ist zu sagen mit Bezug auf Art. 12 Abs. 1 u. 2 des Bundesgesetzes betreffend das Urheberrecht, wo über die Schadenersatzklage aus Verletzung des Urheberrechtes Folgendes bestimmt wird:

> Wer vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit Werke der Litteratur und Kunst unerlaubt vervielfältigt, be-

[345]) Dass das Bundesgericht auf eine erneute Prüfung der Beweisfragen auch in Haftpflichtsachen nicht eintreten kann (Art. 30 des Organisationsgesetzes), hat dasselbe wiederholt ausgesprochen (A. S. VIII, 801 f., 784; IX, 183, 187 f.; 525 f.); dagegen hat es anderseits ebenfalls mehrfach die Anwendung kantonaler Beweisregeln in diesem Gebiete für irrtümlich erklärt (A. S. VIII, 526; X, 521), so dass eine solche zwar nicht auf dem Wege des civilrechtlichen, wol aber auf demjenigen des staatsrechtlichen Rekurses angefochten werden kann.

ziehungsweise aufführt oder sich des Imports oder des Verkaufs von nachgedruckten oder nachgebildeten Werken schuldig macht, hat den Urheber oder dessen Rechtsnachfolger auf deren Klage hin zu entschädigen.

Der Richter setzt die Höhe der Entschädigung nach freiem Ermessen fest.

Da das freie Ermessen der Antipode der Beweistheorie ist, so erscheint die Auflegung des Schätzungseides in den Prozessen aus Verletzung des Urheberrechtes als ausgeschlossen, trotzdem die kantonalen Beweisregeln hier nicht ausdrücklich für unanwendbar erklärt werden.

Aber auch die Bestimmungen der Art. 51 Abs. 1 und 116 Abs. 2 des Bundesobligationenrechtes, wonach der Richter bei aquilischem und kontraktlichem Verschulden die Grösse des erwachsenen Schadens nach freiem Ermessen unter Würdigung der Umstände zu bestimmen hat, scheinen mir die Anwendung formaler Beweisregeln auszuschliessen. Wenn auch hier der Ausschluss der kantonalen prozessrechtlichen Beweisgrundsätze wiederum nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, so kann doch jenen Gesetzesbestimmungen kein anderer Sinn untergelegt werden, als dass eben die Feststellung der Grösse des Schadenersatzes auf dem Wege der freien richterlichen Würdigung aller Umstände zu geschehen habe. Wol haben jene Artikel auch die materiellrechtliche Bedeutung, dass der Richter nach seinem Ermessen den Ersatz nicht nur des direkten, sondern auch des indirekten Schadens, nicht nur des damnum emergens, sondern auch des lucrum cessans aussprechen kann, allein dies ist nicht ihre einzige Tragweite, sonst würde sich der Gesetzgeber nicht so allgemein ausgedrückt haben. Die Bundesgesetzgebung hat die Tendenz nach einheitlicher Rechtsprechung in bundesrechtlichen Materien wiederholt in der Weise geäussert, dass sie (nach dem Prinzipe der implied powers) in das kantonale Prozessrecht eingegriffen,[346]) und

---

[346]) Zuletzt ist dies in dem Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881

dies scheint mir auch hier der Fall zu sein.[347]) Denn das richterliche Ermessen, welches in jenen Artikeln vorbehalten ist, wird ja durch Anwendung einer formellen Beweisregel, speziell durch Auflegung eines Schätzungseides, ausgeschlossen. Dies scheint übrigens auch die Ansicht des Bundesgerichtes zu sein, das in Erwägung 2 des Urteiles in Sachen Konkursmasse *Schildknecht* gegen *Oskar Huber* (vom 3. November 1888)[348]) den Schlussatz des Art. 137 („der Richter entscheidet darüber unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen") ausdrücklich so auslegt, „dass der Richter darüber, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des fraglichen Rechtssatzes (Anfechtbarkeit der Kompensation im Konkurs) gegeben seien, also über die Beweisfrage, nach freiem Ermessen entscheide, ohne an formelle Beweisregeln der kantonalen Prozessordnungen gebunden zu sein".

Das Gebiet des Schätzungseides ist also nach der hier verteidigten Ansicht ausserordentlich beschränkt, da gerade der Hauptanwendungsfall — die Schadenersatzprozesse — demselben bundesgesetzlich entzogen ist. Die Kantone, welche der formalen Beweistheorie huldigen, werden allerdings hiedurch in nicht geringe Verlegenheit versetzt, da sie auf einmal der be-

---

geschehen, wo nach Art. 6 und 7 die Kantone ganz erhebliche prozessrechtliche Konzessionen (Armenrecht, rascher Prozessweg, Entbindung von der Kautionspflicht) zu machen haben.

[347]) Anderer Meinung ist *Zeerleder*, Die schweizerische Haftpflichtgesetzgebung, Bern 1888, p. 131. Dagegen steht Bundesrichter Dr. *Hafner* auf dem im Texte verteidigten Standpunkte, wie sich aus dem Protokoll der Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins vom 9. Sept. 1889 ergibt. (Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F., VIII, p. 654: . . . „Art. 11 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes mit der freien Beweiswürdigung stammt aus Art. 6 des deutschen Haftpflichtgesetzes und ist dort damit begründet worden, dass der Zweck des Gesetzes nur bei freier Beweiswürdigung erreicht werden könne, überhaupt für Schadenersatzforderungen die freie Beweiswürdigung nothwendig erscheine. Dieser Ansicht entstammt auch Art. 51 O. R.")

[348]) Amtl. Samml., Bd. XIV, p. 640.

quemen Hilfsmittel der zwei klassischen Zeugen und der Eide sich beraubt sehen müssen. Der Schrecken, vor eine Entscheidung auf ein non liquet sich versetzt zu sehen, dürfte aber nach kurzer Praxis als ein imaginärer sich erweisen. Die angeführten Bundesgesetze bilden in dieser Beziehung eine vortreffliche Vorbereitung der über kurz oder lang bevorstehenden allgemeinen Einführung des Prinzipes der freien Beweiswürdigung.

Fünftes Kapitel.

Die Parteienbefragung.

§ 36.

Der Kampf gegen die „Eidesnot" hat eine Reihe von Vorschlägen gezeitigt, die bald mehr bald weniger radikal dem starren gemeinrechtlichen Eidessysteme zu Leibe rücken. Von den Beschränkungen des Eides auf facta propria des Schwörenden, von dessen subsidiär gewordener Stellung haben wir im vorigen Kapitel gesprochen. Wir haben dort auch darauf aufmerksam gemacht, dass all' diese Modifikationen des bestehenden Eidesrechtes einen höhern Wert als denjenigen von Verlegenheitsmassregeln kaum beanspruchen können, weil eben trotz derselben der mittelalterliche Beweisformalismus bestehen bleibt.

Einen andern Weg haben Diejenigen eingeschlagen, welche in prinzipieller Verwerfung der gemeinrechtlichen Eidesinstitute das System der zeugeneidlichen Parteivernehmung eingeführt wissen möchten.[349]) Die Parteien sollen danach als Zeugen eidlich vernommen werden und zwar so, dass die Partei auch für sich selbst Zeugnis ablegen könnte. Die Verfechter dieses Systems weisen dabei auf bestehendes Recht hin, in welchem das Axiom *Nullus idoneus testis in causa sua* abgeschafft ist und Partei und Zeuge in einer Person zusammenfallen können. Das ist in der Tat der Fall in *England* (seit

---

[349]) Ein Hauptanhänger dieses Systems ist *L. v. Bar*. Vgl. dessen Recht und Beweis im Civilprozesse. Leipzig 1867, p. 149 ff.

1846),[350] in *Britisch-Indien,*[351] in *Nordamerika* (wenigstens im Staate *New-York*)[352] und seit 1873 auch in *Österreich* in dem Gebiete des Bagatellverfahrens.[353] *v. Bar* geht davon aus, dass nach den Prinzipien der vollkommen freien Beweiswürdigung die Unterscheidung zwischen Zeugnis und Parteiaussage durchaus unhaltbar sei;[354] dagegen hat aber Prof. Dr. *C. Stooss* mit Recht geltend gemacht, dass wenn auch der Grundsatz freier Beweiswürdigung dazu führe, dass sowol Parteiaussage als Zeugendeposition nach ihrer Glaubwürdigkeit bemessen werden, dies doch den prozessualen Unterschied zwischen Partei und Zeuge keineswegs aufhebe und namentlich daraus nicht die Zeugenfähigkeit der Partei folge.[355] Wir haben bereits früher ausgeführt (§ 25, oben pag. 253), dass schon begrifflich die Partei nicht Zeuge sein könne, da Partei und

---

[350]) Act of 9 & 10 V., c. 95: „on the hearing or trial of any action, or any other proceeding under this Act, the parties thereto, their wives and all other persons, may be examined either on behalf of the plaintiff or defendant, upon oath or solemn affirmation." Vgl. *Taylor*, On Evidence II, § 1216.

[351]) Indian Evidence Act, sect. 120: In all civil proceedings the parties to the suit, and the husband or wife of any party to the suit, shall be competent witnesses.

[352]) Code of Procedure of the State of *New York* (1868), § 390: A party to an action may be examined as a witness, at the instance of the adverse parties, or of any one of several adverse parties, and for that purpose may be compelled, in the same manner, and subject to the same rules of examination as any other witness, to testify, either at the trial, or conditionally, or upon commission.

[353]) Gesetz über das Bagatellverfahren vom 27. April 1873, § 53: Der Beweis über streitige, für die Entscheidung erhebliche Tatsachen kann auch durch eidliche Abhörung der Parteien als Zeugen geführt werden. — Diese Beweisführung ist auf Antrag oder von Amtswegen anzuordnen, wenn der Beweis durch die von den Parteien sonst angebotenen Beweismittel nicht hergestellt ist.

[354]) *v. Bar*, l. c. p. 150.

[355]) Korreferat von Dr. *C. Stooss* über die Frage der Einvernahme der Parteien im Civilprozesse, gehalten an der XVIII. Versammlung des Schweizerischen Juristen-Vereins in Bern am 28. Sept. 1880. Protokoll, p. 186.

Beweismittel logischerweise nie identisch sein können. Überdies hängt diesem System der Hauptmangel an, dass seine prozessuale Tauglichkeit sich wiederum hauptsächlich auf den Eid, dieses unjuristische Aushilfsmittel, stützt, so dass eine vollkommen freie Beweiswürdigung auch da nicht möglich ist, wenn anders dem Eide seine Grundbedeutung, die bindende Kraft, zukommen soll. In der *Schweiz* sehen wir die zeugeneidliche Parteienvernehmung nirgends eingeführt; dagegen war dieselbe in dem von Oberrichter *F. Moser* in Bern redigirten Entwurfe einer Civilprozessordnung für den Kanton *Bern* (April 1878) vorgeschlagen worden (unter dem Titel: „Beweis durch Einvernehmen der Parteien als Zeugen"), wobei die Parteizeugen allerdings nicht obligatorisch, sondern nur nach Ermessen beeidigt (§ 431) und die Glaubwürdigkeit der befragten Parteien sowie der Wert ihrer Aussagen selbst dann, wenn eine eidliche Beschwörung stattgefunden, vom Gerichte nach freier Überzeugung geprüft und beurteilt werden sollten (§ 432). In dieser Normirung liegt ein wesentlicher Fortschritt gegenüber dem geltenden Rechte *Englands*, *Nordamerikas* und *Österreichs* und es nähert sich dieses System dem in Folgendem gleich zu besprechenden Institute der einfachen Parteienbefragung. Es wurde (nebst vielen andern bemerkenswerten Neuerungen) im Gesetze von 1883 nicht aufgenommen.[356]) Dass das Frageverfahren, welches die Kantone *Bern, Freiburg* und *Waadt* für die Abnahme des Beweiseides vorschreiben, nicht mit der zeugeneidlichen Parteienvernehmung identifizirt werden darf, ist bereits ausgeführt worden (oben pag. 340).

---

[356]) Die definitive Feststellung des Entwurfes ist in der Tat äusserst konservativ ausgefallen. Nach *Stooss* (a. a. O. p. 193) hatte die zur Prüfung des *Moser*'schen Entwurfes niedergesetzte Kommission beantragt, den Eid ganz abzuschaffen und die persönliche Befragung der Parteien nach dem Vorbilde der *zürcher* Prozessordnung einzuführen. Allein auch dieser Vorschlag wurde verworfen.

Es ist auffallend, dass ein so einfaches und doch so wirksames prozessuales Mittel, wie es die *genfer* Civilprozessordnung schon vor siebzig Jahren in dem Institute des „interrogatoire des parties“, der Parteienbefragung, eingeführt hat,[356a]) nicht grössere Verbreitung gefunden hat. Die unbeeidigte Aussage der Partei, welche der Richter durch spezielle persönliche Befragung provozirt, ist nicht nur im Stande, unklare und unbestimmte Behauptungen zu klaren und bestimmten zu gestalten, sondern vermag, bei richtig ausgewähltem Verfahren, auch geradezu zur Feststellung bestrittener erheblicher Tatsachen zu führen. „Diejenige Form der Parteivernehmung wird sich . . . als die beste erweisen, welche dem Richter gestattet, jede Parteiaussage nach ihrer wirklichen Glaubwürdigkeit zu bemessen und ihr somit den Beweiswert beizulegen, welchen sie nach seiner gewissenhaften Überzeugung verdient,“ sagt *Stooss*[357]) und gibt damit ungefähr das nämliche Kriterium an, welches uns bei der Kritik der Beweiseide und der zeugeneidlichen Parteienvernehmung zur Verwerfung dieser Institute geführt hat. Zugleich aber liegt darin die Wegleitung zu einem, allen Anforderungen einer zweckmässigen, auf dem Prinzip der freien Beweiswürdigung basirenden Prozessordnung entsprechenden Verfahren, bei dessen Anwendung die Prozessführung nicht nur auf eine durchaus reale und solide Grundlage gestellt, sondern auch wesentlich vereinfacht wird. Es leuchtet ein, dass eine spezielle Befragung einer Partei durch den Richter eine ganz andere Wirkung auf diese haben muss und viel eher zur Feststellung bestrittener Tatsachen führen wird, als wenn dieselbe oder ihr Vertreter spontane Behauptungen, Bestreitungen und allfällige Beweisofferten aufstellt, die mitunter mit

---

[356a]) Auch die *tessiner* Civilprozessordnung von 1820 hatte die Parteienbefragung aufgestellt. Die Beseitigung derselben in der heutigen (1843er) Prozessordnung wird jetzt aber von *tessinischer* Seite selbst bedauert. Vgl. Repertorio di giurisprudenza patria, Vol. VII, 1887, p. 442. (*B. Bertoni* „sulla riforma della procedura civile, pensieri e proposte.“)

[357]) a. a. O., p. 176.

der objektiven Sachlage nicht sehr übereinstimmen. Die psychologischen Momente, welche bei einer richterlichen Interpellation mitspielen, sind von *Bellot,* dem berühmten *genfer* Gesetzgeber, in seinen Motiven zur *genfer* Prozessordnung [358]) in so vortrefflicher Weise geschildert und gewürdigt worden, dass wir nicht umhin können, den bezüglichen Passus hier vollständig anzuführen. *Bellot* sagt: „Mettez les parties en présence devant le Juge; obligez-les à exposer elles-mêmes les faits, dans leur simplicité, à leur manière; exigez qu'elles répondent de leur propre bouche, sans préparation, aux questions qui leur seront adressées; recourez, si vous en entrevoyez l'utilité, à l'expédient de les interroger séparément et de les confronter ensuite; et vous verrez bientôt les nuages se dissiper, les faits s'éclaircir, la vérité se montrer en tout son jour, soit que les parties de bonne foi, divisées par un mal-entendu, n'eussent besoin, pour s'accorder, que d'une intervention impartiale et éclairée, soit que la pénétration du Juge ait reconnu la mauvaise foi de l'une d'elles à travers ses réponses évasives, ses réticences, ses contradictions, et jusque dans sons silence.

„Cette comparution personnelle opérera comme frein sur celui qui, plus susceptible de la crainte de la confusion que du sentiment de l'honneur, oserait un mensonge par une voix d'emprunt et ne l'oserait de sa bouche. Et si ce scrupule même ne l'arrête, s'il affronte le péril de l'audience, c'est dans la difficulté de son rôle, dans l'embarras, l'angoisse que lui préparent un interrogatoire serré et ces regards scrutateurs fixés sur lui, dans l'inévitable nécessité de ce couper, de se trahir, dans la publicité de sa honte, qu'est placée la peine qui l'attend."

Die Überzeugung des Richters wird nach *Bellot* also hauptsächlich nach zwei Richtungen hin durch die persönliche Befragung beeinflusst, indem diese einmal die Lösung von Miss-

358) Loi sur la procédure civile du canton de *Genève* suivie de l'exposé des motifs par feu *P.-F. Bellot*, professeur de droit. 3e édition, publiée par *M. Charles Schaub* avec la coopération de *M. Charles Brocher*. Genève, Paris 1870, pag. 75.

verständnissen und sodann auch die Entdeckung der mala fides einer Partei herbeiführen kann. „La moralité de son but, la simplicité de ses formes, son efficacité comme moyen de découvrir la vérité, de réprimer le mensonge, d'en prévenir la tentative, nous la font mettre au premier rang des procédures probatoires." In der Tat bewirkt die erfolgreiche Befragung das gleiche Resultat, wie eine gewöhnliche gelungene Beweisführung und insofern hat *Bellot* vollständig Recht, wenn er sie zu den procédures probatoires zählt. Wir haben den Begriff Beweis als diejenige Tätigkeit definirt, welche darauf gerichtet ist, die Überzeugung des Richters von der Existenz einer bestrittenen Tatsache herzustellen. Sobald man nun zugibt, dass die persönliche Parteienbefragung überzeugungsbildend wirke, muss man diese unmittelbar auch als Beweismittel bezeichnen. Dies tut z. B. *Harrasowsky*,[359]) während *Stooss*[360]) die Parteiaussage nicht als ein Beweismittel im gewöhnlichen Sinne des Wortes, d. h. als einen von der Partei für die Richtigkeit ihrer Behauptung beigebrachten Erwahrungsgrund, anerkennt. Gewiss ist die Parteiaussage als solche nicht Beweismittel, ebensowenig als die aussagende Partei selber, denn nicht die Aussage als solche ist es, welche den Richter zu überzeugen geeignet ist, diese hat an und für sich keine andere Bedeutung als jede gewöhnliche Parteierklärung, vielmehr ist es das besondere Verfahren, in welchem unter Benützung der von *Bellot* geschilderten psychologischen Wirkungen die Partei vom Richter zu spezieller Rechenschaft aufgefordert wird. Das gesamte Verfahren ist also Beweismittel, da nur dieses in der Gesamtheit seiner Erscheinung die richterliche Überzeugung vermittelt.

Eine andere Frage ist nun die, in wessen Hände dieses Beweismittel gelegt werden solle. Sie ist sofort entschieden,

[359]) Dr. *Philipp Harras Ritter von Harrasowsky*, Die Parteienvernehmung und der Parteieneid nach dem gegenwärtigen Stande der Civilprozessgesetzgebung, Wien 1876, p. 362.

[360]) a. a. O., p. 202

wenn man von dem Standpunkte ausgeht, dass im Beweisrechte die Verhandlungsmaxime streng durchzuführen sei: bei dieser Auffassung, die prinzipiell jedenfalls die richtige ist, darf die Parteienbefragung nur auf Antrag des Beweisführers angeordnet werden. Wenn man dagegen dem Inquisitionsprinzipe wenn auch nur subsidiäre Berechtigung zuerkennt, so wird man dieselbe auch ex officio zulassen. In dieser letztern Anwendung lässt sich sodann eine doppelte Funktion der Befragung denken. Einmal lässt sie sich vom Richter verwenden, um ein weiteres Beweisverfahren überflüssig zu machen (z. B. durch Lösung von Missverständnissen), und das wird vom alten *genfer* Recht (Edit civil von 1568, Redaktion von 1783, Tit. 1, Art. 10) als Hauptzweck des Institutes bezeichnet („Et si les juges peuvent connaître la vérité des faits par les interrogats qu'ils feront d'office, pour éviter des preuves et procédures superflues, ils pourront faire comparaître les parties, les avertir de ne point déguiser la vérité, et leur demander les éclaircissements nécessaires."), sodann aber kann sie mit Erfolg auch subsidiär, d. h. nach Durchführung des gewöhnlichen Beweisverfahrens, zur Ergänzung oder Aufhebung unvollständigen Beweises funktioniren (z. B. durch Aufdeckung der mala fides einer Partei). Die zweite Funktion trifft mit derjenigen der Noteide zusammen und kann, als richterlicher Notbehelf aufgefasst, so wenig als dem Verhandlungsprinzipe entgegenstehend betrachtet werden, wie jene. Es fragt sich nur, ob unter der Herrschaft des Prinzipes der vollständig freien Beweiswürdigung eine Notwendigkeit für die Aufstellung eines derartigen Notbehelfes überhaupt vorliege. *Stooss*[361]) scheint diese Frage zu bejahen, denn er hält es für nicht unbedenklich, dass der 1880er Prozessentwurf für den Kanton *Aargau* den Eid beseitigt, ohne eine andere Parteieinvernahme an dessen Stelle zu setzen. In gleicher Weise haben wol der *zürcherische* und *graubündische* Gesetzgeber, sowie der Redaktor des

[361]) a. a. O., p. 192.

neuesten *aargauer* Entwurfes mit Rücksicht auf das Fehlen des Noteides die Offizialbefragung als Ersatz aufgestellt. Ich wage es nicht, jene Frage in bejahendem oder verneinendem Sinne stricte zu entscheiden; es bedarf hiezu m. E. einer langjährigen richterlichen Erfahrung. Doch scheint mir vom rein theoretischen Standpunkte aus eine solche Notwendigkeit nicht vorzuliegen, da einerseits das System der freien Beweiswürdigung dem Richter eine so reiche Fülle von überzeugungsbildendem Stoff darbietet, dass eine Verlegenheit für ihn sich kaum erzeigen wird, und da anderseits die Verhandlungsmaxime, richtig aufgefasst, dem Richter genügende Gelegenheit lässt, die Parteien auf deren prozessuale Rechte und Pflichten aufmerksam zu machen, so dass die Antragsbefragung vollständig ausreicht und im übrigen der Satz *actore non probante reus absolvitur* zu seinem vollen Rechte gelangt. Was aber die erstgenannte Funktion der Offizialbefragung betrifft, so bedeutet dieselbe unbedingt einen Bruch mit dem Dispositionsprinzip, sofern sie wirklich beweisbildend auftritt. Der Richter hat nach dem erwähnten Prinzip nicht das Recht, dem Beweisführer vorzugreifen und ohne dessen Willen ein Beweismittel anzuwenden, das unter Umständen die prozessuale Lage desselben recht empfindlich schädigen kann.

So ergibt sich denn für die Charakterisirung der Parteienbefragung das Resultat, dass diese als ein Beweismittel aufzufassen ist, das unter der Herrschaft der Dispositionsmaxime nur auf Antrag des Beweisführers, bei Zulassung von Grundsätzen des Inquisitionsprinzipes im Beweisrechte dagegen auch von Amtswegen in der doppelten Funktion eines das gewöhnliche Beweisverfahren überflüssig machenden und unvollständigen Beweis ergänzenden oder aufhebenden Mittels verwertbar ist. Diese Charakterisirung entspricht nun blos in sechs von den neun resp. (mit dem *aargauer* Entwurf) zehn Kantonen der Schweiz der positivrechtlichen Gestaltung der Parteienbefragung und das ist m. E. ein Zeichen dafür, dass der Gesetzgeber in den übrigen Kantonen entweder der wahren Natur des Insti-

tutes sich nicht vollkommen klar bewusst war, oder dann aus Utilitätsrücksichten absichtliche Inkonsequenzen in den Civilprozessbau eingeführt hat.

Versuchen wir nun, die kantonalen Systeme nach ihrem Verhältnisse zu der aufgestellten allgemeinen Charakteristik zu analysiren und zu gruppiren. Von selbst ergeben sich die beiden Hauptgruppen, von denen die eine diejenigen Kantone umfasst, welche das Dispositionsprinzip (bezüglich des übrigen Beweisrechtes) uneingeschränkt durchführen, und die andere aus jenen Kantonen besteht, die das Inquisitionsprinzip subsidiär zur Geltung kommen lassen.

1. Zu der ersten Gruppe gehören die Kantone *Zürich*, *Schaffhausen*, *Graubünden*, *Aargau* Entwurf, *Thurgau* und *Neuenburg*. Von diesen lassen die Parteienbefragung

a) konsequent nur auf Antrag zu: *Thurgau* (§ 138) und *Neuenburg* (Art. 213). Beide Kantone kennen auch die Offizialbefragung, beschränken diese aber ausdrücklich auf die Fälle, wo der Richter ihrer lediglich zum Zwecke der Aufklärung über unklares Parteivorbringen bedarf;

b) sowol auf Antrag als auch ex officio zu: *Zürich* (§ 349), *Schaffhausen* (§ 210) und *Aargau* Entwurf (§§ 276 f.). Der letztere unterscheidet sich dadurch vor den andern zwei Kantonen, dass er nur ein Antragsrecht der Parteien aufstellt, ohne den Richter zu der Anordnung der Befragung zu binden. Im übrigen unterscheiden sich diese Kantone bezüglich der verschiedenen Funktionen der Offizialbefragung wiederum in der Weise, dass

  α) *Zürich* und *Schaffhausen* hauptsächlich nur die erste, und

  β) der *aargauer* Entwurf nur die zweite aufstellen;

c) nur von Amtswegen zu: *Graubünden* (Art. 220) und zwar in beiden Funktionen (Art. 220 und Art. 221).

2. Die zweite Gruppe wird gebildet von den vier Kantonen *Baselstadt, Freiburg, Wallis* und *Genf*. Hier kann, wie in § 6 (oben pag. 38 ff.) ausgeführt wurde, auch der Richter als Beweissubjekt auftreten, sobald er dies im Interesse der Erforschung der materiellen Wahrheit und nach Stellung der Beweisanträge der Parteien für nötig findet. Konsequent lassen daher alle vier Kantone auch die Parteienbefragung vom Amtswegen zu. Ein Unterschied besteht nur darin, dass sie

a) in *Baselstadt* (§ 146) und in *Genf* (Art. 150 und Art. 160) nur ex officio zulässig ist, wobei

α) in *Genf* die erste Funktion,

β) in *Baselstadt* dagegen hauptsächlich die zweite zur Anwendung zu kommen scheint;

b) in *Freiburg* (Art. 310 und Art. 311) und in *Wallis* (Art. 291 und Art. 293) sowol ex officio als auch auf Antrag angeordnet wird. Die Offizialbefragung tritt in beiden Kantonen hauptsächlich in der ersten Funktion auf. Der Wortlaut des *freiburgischen* Gesetzes könnte zu der Meinung führen, dass die Offizialbefragung nur zur Aufklärung über unklares Parteivorbringen gestattet wäre (Art. 310: Le juge veille d'office à ce que les parties s'expliquent avec la plus grande précision et toute la clarté possible sur l'étendue de leur demande et les faits du procès. A cette fin, il a le droit d'interpeller les parties et de les interroger.), allein die weitere Gestaltung der Parteienbefragung zeigt überzeugend, dass die Offizialanwendung der letztern auch zur Feststellung bestrittener Tatsachen erfolgen kann (vgl. insbesondere Art. 312—314).

Aus dieser Zusammenstellung ergibt sich, dass die Kantone *Zürich, Schaffhausen* und *Graubünden*, sowie der *aargauer* Entwurf in der Aufstellung der Parteienbefragung das sonst befolgte Verhandlungsprinzip aufgeben und den Richter auf einmal als beweisführendes Subjekt anerkennen. Bei *Zürich* und

Schaffhausen kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der Gesetzgeber diese Inkonsequenz absichtlich eingeführt hat, da in beiden Kantonen als Zweck der Parteienbefragung ausdrücklich die Feststellung bestrittener Tatsachen angegeben, also die Natur eines Beweismittels optima forma anerkannt wird. Hier wird also der Vorteil, den eine mögliche Vereinfachung des Prozesses mit sich führt, höher angeschlagen, als der Wert der völlig konsequenten Durchführung der Verhandlungsmaxime. In *Graubünden* wird „die richterliche Befragung" ebenfalls ausdrücklich zu den Beweismitteln gezählt (Art. 163 Ziff. 6) und für die Anwendung derselben bestimmt: „In Fällen, wo das Gericht es für nötig erachtet, ist dasselbe befugt, über erhebliche, in den Parteiverhandlungen zur Sprache gekommene, aber nicht genügend aufgeklärte Tatumstände von sich aus Fragen an die Parteien zu stellen" (Art. 220). Wenn man nun berücksichtigt, dass in *Graubünden* alle Beweise (bis auf die Auflegung des Schiedseides) im Instruktionsverfahren durch den Gerichtspräsidenten abgenommen werden, so ergibt sich leicht, dass hier die Offizialbefragung nur in der zweiten Funktion eines Notbehelfes für den Richter, der sich sonst (da er keinen Noteid zur Verfügung hat) vor die Entscheidung auf ein non liquet versetzt sähe, auftritt, so dass eine eigentliche Verletzung der Verhandlungsmaxime nicht zu konstatiren ist. Nun sagt aber ein weiterer Artikel: „Dem Gerichte steht es frei, von dieser Befugnis auch in Fällen Gebrauch zu machen, in welchen dadurch voraussichtlich die Leistung eines angetragenen Eides überflüssig gemacht werden könnte" (Art. 221). Da aber der Schiedseid selbst nur ganz subsidiär, d. h. nur dann, wenn in dem vorhandenen Beweismaterial nicht zureichende Anhaltspunkte zu einem sachgemässen Urteil zu finden sind, aufgelegt wird, so steht auch diese zweite Anwendung der Offizialbefragung nicht in direktem Widerspruche zu dem Dispositionsprinzip. Wir haben hier übrigens eine interessante Erscheinung vor uns, die beweist, wie sehr der Eid zurückgedrängt wird, wie gross das Misstrauen gegen den-

selben manchenorts ist: nur im alleräussersten Falle, wenn weder die Beweisführung noch auch die richterliche Befragung zu einem befriedigenden Resultate geführt haben, soll er angewendet werden. Die Parteienbefragung erscheint hier geradezu als Korrektiv gegen die unbeliebte, aber ganz subsidiär zugelassene Anwendung des Eides. — Ganz gleicher Weise erscheint auch im *aargauer* Entwurf die Offizialanwendung der „gerichtlichen Befragung der Parteien“ nicht so sehr als ein zu Gunsten des Beweisführers eingeführtes, mit der Verhandlungsmaxime im Widerspruche stehendes Privilegium, als vielmehr als ein Aushilfsmittel, ein Notbehelf für den Richter, welcher dazu in Fällen seine Zuflucht nimmt, in denen er nach erschöpftem Beweisverfahren keine hinlängliche Überzeugung von der Existenz der die Urteilsgrundlage bildenden Tatsachen hat gewinnen können.

Ein Bruch mit der Verhandlungsmaxime ist also blos in *Zürich* und *Schaffhausen* zu konstatiren. In allen Kantonen ausser *Baselstadt*, *Graubünden* und *Genf* wird sodann die Parteienbefragung als ordentliches Beweismittel dem Beweisführer zur Disposition gestellt, und zwar stets in der Gestalt, dass er den Beweis durch die Befragung seines Gegners anzubieten hat, nicht etwa in der Form des Antrages zur Vernehmung seiner selbst. Der Beweisführer, welcher seine eigene Vernehmung verlangte, könnte dies nur zu dem Zwecke tun, um seine Behauptungen gegenüber denjenigen der Gegenpartei glaubwürdiger erscheinen zu lassen; eine solche Selbstanbietung zu eigenem Vorteile hätte jedoch von vornherein das missliche an sich, dass das selbstsüchtige Motiv, dem dieselbe entspringt, die Glaubwürdigkeit der Aussage zu einer zweifelhaften und damit die Anwendung der Befragung zu einer höchst problematischen gestalten würde. Dass die anerbietende Partei aber einen „unwiderstehlichen Drang habe, gegen ihr Interesse zu deponiren,“ wird niemand glauben.[362]) Wenn aber

[362]) Vgl. *Meili*, Prof. Dr. *F.*, Der Zivil- u. Strafprozess des Kantons Zürich und des Bundes. Ein Kommentar, I. Bd., Zürich 1882, p. 133 zu § 349.

auch jene Bestimmung, wonach nur die Befragung des Gegners als Beweismittel zulässig ist, nicht überall ausdrücklich aufgestellt wäre, so müsste man dennoch a priori dazu kommen, die letztere Form als einzig anwendbar zu erklären.

Diesen Betrachtungen haben wir nun nur noch weniges beizufügen über den innern Bau der Parteienbefragung, wie er sich in den einzelnen kantonalen Systemen gestaltet. Was sich auf das blosse Verfahren bezieht, bleibt hier grundsätzlich ausgeschlossen. Nur das sei erwähnt, dass die französischen Kantone (wie übrigens auch die deutschen) sich von dem Systeme des französischen Code de procédure civile („interrogatoire sur faits et articles", Art. 324 ff.) in formeller Beziehung recht vorteilhaft unterscheiden, indem sie gerade diejenigen Bestimmungen, welche wol die Hauptschuld daran tragen, dass dieses Institut nicht mehr verbreitet worden ist, nämlich die vorgängige Mitteilung der vom Beweisführer in einem Schriftsatze (requête) aufgestellten Fragen und die Ausschliessung des Beweisführers bei der Einvernahme, nicht aufgenommen haben. Eine Ausnahme macht nur *Wallis*, welches an dem Verbote der Anwesenheit des Beweisführers bei der Einvernahme festhält (Art. 298: . . . Celui qui aura requis l'interrogatoire ne pourra y assister).[363]

Allgemein ist zu bemerken, dass der ganzen Anlage nach die verschiedenen Systeme sich nicht gar weit von einander entfernen, wenn man von ihrem Verhältnisse zu dem übrigen Prozessbau (Verhandlungs- und Inquisitionsmaxime) absieht. Um das (älteste) *genfer* System gruppiren sich die Systeme von *Freiburg*, *Wallis* und *Neuenburg*, wobei zu bemerken ist, dass in *Freiburg* (Art. 314) und *Neuenburg* (Art. 214) der Richter in der Einvernahme berechtigt ist, auch andere als

---

[363]) Vgl. im übrigen die Angaben von *Stooss*, a. a. O., p. 191 ff., welcher namentlich die beiden Hauptsysteme von *Genf* und *Zürich* einlässlicher behandelt.

die vom Beweisführer beantragten Fragen an die Parteien zu stellen, selbst wenn dadurch ganz neues Prozessmaterial herbeigebracht würde, was für *Neuenburg*, das sonst eifersüchtig an der Verhandlungsmaxime festhält, besonders auffällt (die Partei wird befragt „sur chaque fait séparément, et sur toutes les circonstances propres à la manifestation de la vérité, même sur celles que l'interrogatoire mettrait nouvellement au jour"). Eigentümlich ist dem *neuenburger* Rechte überdies die Beschränkung der Befragung auf solche Fälle, in welchen der Zeugenbeweis zulässig ist (Art. 213). Wenn man bedenkt, dass eine der wirksamsten Folgen der Befragung diejenige des Geständnisses des Beweisgegners ist, dass demnach in *Neuenburg* es nicht möglich ist, auf dem einfachen Wege des interrogatoire ein gerichtliches Geständnis über eine Sache, die sonst schriftlich bewiesen werden muss, zu provoziren, so wird man jene Beschränkung kaum billigen können. Warum soll das Geständnis nicht die Schriftlichkeit, so weit sie nur um der Beweisbarkeit willen vorgeschrieben ist, ersetzen? Warum soll man die Herbeiführung eines solchen Geständnisses von vorneherein zur Unmöglichkeit machen? Eine zweite Gruppe bildet das *zürcher* System und die von diesem entlehnten Systeme der Kantone *Schaffhausen* und *Thurgau*. Eine dritte wird gebildet durch das Recht von *Graubünden*, eine vierte und fünfte durch dasjenige von *Baselstadt* und des *aargauer* Entwurfes. Wesentlich unterscheiden sich diese fünf Gruppen nur durch die verschiedene Behandlung der Voraussetzungen, welche an die Zulässigkeit der Befragung geknüpft werden. Diese sind in der Hauptsache erschöpfend behandelt in der Besprechung des Verhältnisses zu der Verhandlungs- und der Inquisitionsmaxime.

Die Qualität des Systems der Kantone *Zürich*, *Schaffhausen* und *Thurgau* wird wesentlich begünstigt durch eine allgemeine prozessuale Vorschrift, welche die Prozessordnungen der genannten Kantone (*Zürich* § 282, *Schaffhausen* § 161, *Thurgau* § 139) aufstellen, wonach nämlich die Parteien dem

Richter gegenüber zur Angabe der Wahrheit verpflichtet sind und für jede böswillige oder mutwillige Prozessführung disziplinarisch geahndet werden. In *Zürich* (§ 362) und *Schaffhausen* (§ 229) wird überdies für wissentlich falsche Angaben, welche eine Partei in der persönlichen Befragung macht, Trölerbusse und eventualiter strafrechtliche Ahndung angedroht. Auch der *aargauer* Entwurf (§ 280) stellt für das Institut der Parteibefragung die Verpflichtung auf, „wahrheitsgetreue Antworten zu Protokoll zu geben" und bedroht wissentlich unwahre Antworten mit zuchtpolizeilicher Strafe (§ 286). Eine Ordnungsbusse für den letztern Fall droht überdies auch *Graubünden* (Art. 231) an.

De lege ferenda möchte ich, um die Parteienbefragung zu einem möglichst sichern und wirksamen Institute zu gestalten, die falsche Aussage mindestens mit der Strafe, die auf falsches Zeugnis, wenn nicht gerade mit derjenigen, welche auf den Meineid gesetzt ist, bedroht wissen.

Eine sehr wirksame Funktion der Parteienbefragung wird von den meisten Kantonen in der Weise benützt, dass die Verweigerung der Antwort oder das Nichterscheinen mit der poena confessi verknüpft wird. Es ist früher schon bemerkt worden, dass es im Prozesse überhaupt kein Recht auf bedeutungsloses Stillschweigen gibt, wo eine Erklärung gesetzlich gefordert wird. Eine Partei, welche auf eine Frage des Richters ohne plausibeln Grund keine Antwort gibt, oder der persönlichen Citation keine Folge leistet, hat sich nicht zu beklagen, wenn der Richter aus diesem Verhalten die ihm richtig erscheinenden Konsequenzen zu deren Ungunsten zieht. Eine Renitenz, die nicht auf greifbare Motive sich stützt, ist sehr wol geeignet, zum ausschlaggebenden Faktor für die Bildung der richterlichen Überzeugung zu werden. Freilich ist es wiederum zu weit gegangen, wenn man der Weigerung oder dem Ausbleiben ein- für allemal und ohne Rücksichtnahme auf die besonderen Umstände des Falles zu gestatten, die Folge des Geständnisses gibt, wie es *Freiburg* (Art. 312) und *Grau-*

bünden (hier nur für den Fall des Ausbleibens, Art. 229) tun; vielmehr ist das System der Kantone *Zürich* (§ 361), *Schaffhausen* (§ 228), *Wallis* (Art. 296), *Neuenburg* (Art. 219), *Genf* (Art. 167) und des *aargauer* Entwurfes (§ 281) vorzuziehen, nach welchem es dem Ermessen des Richters anheimgestellt bleibt, ob die poena confessi anzuwenden sei oder nicht.

Diese Funktion ist selbstverständlich nicht etwa eine nur der Parteienbefragung in ihrer Eigenschaft als Beweismittel inhärirende Eigentümlichkeit, denn auch bei der Ausübung des gewöhnlichen zur Aufklärung benutzten Fragerechtes wird der Richter ausweichende Antworten oder sonstiges verdächtiges Verhalten einer Partei in passender Weise für die Bildung seiner Überzeugung verwerten können, wie es ja überhaupt heute von Niemandem mehr bestritten wird, dass das gewöhnliche Parteivorbringen Anhaltspunkte für die Bildung richterlicher Überzeugung darbieten kann. So knüpft z. B. *Bern* (§ 158) an die Verweigerung einer Antwort auf eine Frage, die der Richter zu seiner Aufklärung an eine Partei stellt, sogar obligatorisch die poena confessi.

Zum Schlusse sind noch zwei Eigentümlichkeiten zu erwähnen, welche die Prozessordnungen der Kantone *Uri* (§ 39) und *Schwyz* (§ 168) darbieten. Hier nimmt der Prozessgang folgenden Verlauf: Nach geschlossenem Schriftenwechsel, in welchem alle Beweismittel anzugeben sind, hat in der mündlichen Verhandlung der Kläger zuerst seine Klagebegründung und sodann der Beklagte die Klageeinlassung zu halten; hierauf wird dann das Beweisverfahren durchgeführt und erst nachher (jedoch alles in der nämlichen Tagfahrt) erfolgen Replik und Duplik. Diese Normirung entspringt ohne Zweifel der Tendenz, den Prozessgang so einfach und kurz wie möglich zu gestalten. Dieser Tendenz entspricht nun aber offenbar auch die weitere originelle Einrichtung, dass nach den ersten beiden Parteivorträgen der Richter verpflichtet ist, da, wo eine Partei auf Zeugenbeweis abgestellt hat, eine Befraguug des Beweisgegners anzuordnen, in welcher dieser lediglich mit Ja

und Nein zu antworten hat; damit soll die Möglichkeit gegeben werden, den schleppenden und unsichern Zeugenbeweis durch Erzielung eines gerichtlichen Geständnisses überflüssig zu machen. Dieser Zweck wird auch in beiden Kantonen ausdrücklich angegeben, indem beide sagen, dass nach erfolgter Parteibefragung die Zeugeneinvernahme stattfinde, wenn sie nicht durch den Erfolg der Befragung überflüssig geworden sei. Die beiden Kantone unterscheiden sich aber darin wesentlich von einander, dass in *Schwyz* die Parteienbefragung nur dann angeordnet wird, wenn der Beweisgegner durch einen Bevollmächtigten vertreten ist, während *Uri* die Vorzüge der Befragung in allen Fällen auf die Probe setzen will. Die Parteienbefragung tritt hier also nur auf in der Offizialanwendung und zwar in der ersten (beweisersetzenden) Funktion und in der Beschränkung auf die Fälle, wo Zeugenbeweis zur Anwendung kommen soll. Es dürfte von Interesse sein, den genauen Wortlaut der beiden Gesetzesbestimmungen zu kennen. *Uri* sagt:

> Dem Gerichtspräsidenten liegt es ob, wenn die von der einen Partei aufgestellten Behauptungen von Tatsachen, wofür Zeugenbeweis anerboten ist, von der Gegenpartei nicht ausdrücklich zugegeben wurden, zu verlangen, dass diese letztere, vor Einvernahme der Zeugen, sich über Zugabe oder Nichtzugabe persönlich mit „Ja“ oder „Nein“ erkläre. Allfällige Zugaben werden sogleich am Protokoll notirt.

und *Schwyz* bestimmt:

> Dem Gerichtspräsidenten liegt die Pflicht ob, jedesmal, wenn die von der einen Partei aufgestellten Behauptungen, wofür Zeugenbeweis anerboten ist, von dem Bevollmächtigten der Gegenpartei widersprochen oder nicht ausdrücklich zugegeben wurden, zu verlangen, dass diese letztere vor Einvernahme der Zeugen sich über Zugabe oder Nichtzugabe persönlich mit Ja oder Nein erkläre. Allfällige Zugaben werden sofort zu Protokoll genommen.

Als ein Institut, das in den manigfaltigsten Beziehungen vereinfachend und fördernd auf den Prozessgang einwirkt, das bei der Durchführung des Prinzipes der freien Beweiswürdigung vermöge seiner überzeugungsbildenden Funktionen in der Hand des Beweisführers als ein vortreffliches Beweismittel sich darstellt, macht die Parteienbefragung der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, die sie in ihrer wirksamsten Gestalt aufstellt, Ehre. Ihrer Lebensfähigkeit wird sie eine grosse Zukunft verdanken.

Zweiter Abschnitt.

Die Beweistheorie und das Prinzip der freien Beweiswürdigung.

§ 37.

Die Grundzüge des materiellen schweizerischen Beweisrechtes, die wir im Vorigen dargestellt haben, bieten ein recht buntes Bild dar: Kein Beweisrechtssystem deckt sich vollständig mit dem andern. Jeder Kanton weist, wenn auch oft nur in untergeordneten Punkten, wieder ein anderes Gepräge auf. Ja, die Verschiedenheiten sind so zahlreich und manigfaltig, dass es durchaus unmöglich ist, aus all' den kantonalen Beweisrechten ein eigentümlich-schweizerisches, ein nationales Beweisrecht herauszuheben, ein Beweisrecht, das gegenüber ausländischem Rechte sich durch eine besondere typische Gestalt auszeichnen würde. Die wenigen Originalitäten, die wir hie und da angetroffen haben, betreffen entweder ganz unbedeutende Punkte oder dann sind sie Antiquitäten, vor denen der wissenschaftliche Beobachter sich bekreuzt. Nur zwei Punkte sind es, von ganz prinzipieller Bedeutung, welche das schweizerische Beweisrecht vor dem Rechte unserer Nachbarstaaten vorteilhaft abheben: das Institut der Parteienbefragung, die in neun Kantonen eingeführt ist, und die Eideslosigkeit, welche wir in dem Gebiete dreier Kantone vorfinden. Die Erklärung dafür, warum das Beweisrecht so wenig national ist, haben wir Eingangs dieser Schrift gegeben; sie liegt in der formalistischen unvolkstümlichen

Natur des Prozessrechtes. Die Wissenschaft und noch mehr die Gesetzgebung *Deutschlands, Österreichs* und *Frankreichs* haben auf die Gestaltung des schweizerischen Prozessrechtes und damit auf diejenige des Beweisrechtes einen so mächtigen Einfluss geübt, dass selbst das Bessere, das ursprünglich da war, verdrängt wurde. Darum finden wir in der Schweiz das ganze Elend der gemeinrechtlichen Beweistheorie wieder, das nun heute noch an vielen Orten, da es sich eingewurzelt, zäh anhält. So haben wir jetzt Kämpfe gegen fremdes Recht im eigenen Lande zu führen, die zu recht hartnäckigen sich gestalten können. Hat sich doch der Ausgang eines solchen Kampfes erst kürzlich (in *Aargau*) zu Gunsten des alten importirten Rechtes entschieden! Und doch ist es ein beruhigendes Zeichen, dass im grossen Ganzen aus der fünfundzwanzigköpfigen Gestalt des Beweisrechtes ein Fortgang, eine Entwicklung herauszulesen ist, welche einem grossen Triebe ihre Bewegungskraft verdankt, dem Triebe nach Freiheit, nach Befreiung von den Fesseln, mit welchen ein verknöchertes Zeitalter den Richter, ja die ganze Rechtsprechung umgeben hat. Merkwürdig, dass die modernen Rechtsanschauungen gerade nach dem Ziele hinsteuern und denjenigen Zustand herbeiwünschen, den vor zweitausend Jahren schon das klassische römische Recht in der einfachen Formel *si paret, condemna, si non paret, absolve* aufgestellt hat, den Zustand, auf welchen sich der Scholastizismus der Prozessrechtswissenschaft bis tief in unser Jahrhundert hinein stetsfort noch stützen zu können glaubte, oder vielmehr zu stützen sich anmasste!

Wenn wir nun in kurzen Zügen die Stufen der angedeuteten Entwicklung, welche die kantonalen Beweissysteme einnehmen, skizziren, so gewährt uns dies nicht nur eine Rekapitulation der wichtigsten Lehre des Beweisrechtes, sondern bietet auch Fingerzeige dafür dar, wie bei einer künftigen Vereinheitlichung des schweizerischen Civilprozesses der Gesetzgeber zu jener Entwicklung sich zu verhalten haben wird, um die glücklichste Lösung zu erhalten. Ich masse mir nicht an,

in dieser Beziehung etwa bestimmte Vorschläge zu machen, sondern überlasse es dem Leser, sich an Hand der hier folgenden Übersicht eine bestimmte Ansicht zu bilden.

Beweistheorie und Prinzip der freien Beweiswürdigung sind als Gegensätze aufzufassen, als die Pole, innerhalb welcher die Entwicklung des Beweisrechtes sich hinzieht. Das ist klar, denn der Begriff Beweistheorie[364]) umfasst die Theorie über die Rechtssätze, welche den Richter bei der Bildung seiner Überzeugung leiten sollen, daher denn unter der unbeschränkten Herrschaft des Prinzipes der freien Beweiswürdigung, wo der Richter an keine Regeln gebunden ist, von einer Beweistheorie nicht mehr gesprochen werden kann. Nun scheint mir die richtigste Methode für die Gewinnung eines wahren Bildes über die Entwicklungsstufe, welche das einzelne kantonale Beweissystem einnimmt, darin zu bestehen, dass man untersucht, einmal wie viele Beweisrechtsinstitute formal geregelt sind und sodann welche qualitative Bedeutung den einzelnen Beweisregeln zukommt. Wo also die Beweiskraft sämtlicher Beweismittel formal bestimmt ist, da werden wir beginnen, um da aufzuhören, wo dies bei keinem der Beweismittel mehr der Fall ist. Die erste Stufe bezeichnet die vollkommen gemeinrechtliche Normirung, die letzte das vollkommene System der freien Beweiswürdigung; dazwischen liegen die einzelnen Phasen der Entwicklung, die sich je nach ihrer Lage zu einer der beiden Endstufen charakterisiren.

Ich schicke voraus, dass die Regeln, welche einzelne Kantone über die sogenannte Beweiskraft des gerichtlichen und aussergerichtlichen Geständnisses aufstellen, hier nicht in Betracht gezogen werden, da diesen Instituten die Natur von Beweismitteln nicht zukommt, sondern das gerichtliche Geständnis Dispositivcharakter (siehe oben

[364]) Um die schulgemässe Unterscheidung zwischen positiver und negativer Beweistheorie brauchen wir uns hier nicht zu kümmern; sie hat eigentlich nur didaktischen Wert.

pag. 91) besitzt, vermöge dessen die richterliche Überzeugung ausgeschlossen bleibt, und das aussergerichtliche selbst Beweisobjekt ist (siehe oben pag. 59), durch das der Beweissatz unmittelbar konstatirt wird, so dass der richterlichen Überzeugung auch hier nichts zu tun bleibt. Dass dass aussergerichtliche Geständnis aber in *St. Gallen* und *Schwyz* dann höchstens einen halben Beweis bildet, wenn ihm eines der gesetzlichen Requisite fehlt, und dass dasselbe anderseits unter der gleichen Bedingung in *Uri, Schwyz, Obwalden, Zug, Schaffhausen* Entwurf, *Aargau* und *Aargau* Entwurf als Indicium aufgefasst und als solches dem freien Ermessen des Richters überlassen wird, müssen wir hier zur Charakteristik doch anführen.

Zur allgemeinen Charakterisirung der Beweisrechtssysteme sei hier auch vorweg angeführt, dass der Indizienbeweis in der Schweiz nirgends ausgeschlossen wird und dass er überall dem freien Ermessen des Richters überlassen ist, mit Ausnahme des Kantons *St. Gallen,* wo ihm als künstlicher Beweis im günstigsten Falle nur die Kraft eines halben Beweises beigemessen wird.

Ferner soll der Augenschein bei der folgenden Übersicht ausser Betracht fallen, da die Beweiskraft dieses Beweismittels nur in den beiden Kantonen *Bern* und *Freiburg* formal (juristische Wahrheit bildend) geregelt ist und sonst überall dem Ermessen des Richters überlassen wird, der bald mit sich im Reinen sein wird über eine Sache, die er unmittelbar selbst wahrnimmt. Ob die Beweiskraft formal geregelt werde oder nicht, bleibt sich im praktischen Erfolge gleich, da ja das, was dem Richter zur Beaugenscheinigung vorgelegt wird, stets unzweifelhaft konstatirt wird. Deshalb kann der Tatsache, dass *Bern* und *Freiburg* eine Beweisregel aufstellen, diesen Kantonen bei ihrer Charakterisirung nicht besonders angerechnet werden.

Dagegen wollen wir die Expertise, obschon wir derselben die Beweismittelnatur vollständig abgesprochen haben,

zu dieser Charakteristik mitbenützen, da der Umstand, dass hier die formale Beweistheorie von verschiedenen Kantonen angewendet wird, für diese äusserst bezeichnend ist. Zwar sind die Beweisregeln von sehr verschiedener Qualität und namentlich kann der Regulirung der Kantone *St. Gallen* und *Tessin,* wo nur der von den Experten aufgestellte Tatbestand (Befund) bindend erklärt, dagegen die Würdigung des eigentlichen Gutachtens dem Ermessen des Richters überlassen wird, nicht übermässiger Formalismus vorgeworfen werden, denn faktisch wird sich die Sache in den Kantonen, welche die Beweiskraft der Expertise gar nicht regeln, nicht anders machen; der sachunkundige Richter ist in gewissem Grade doch abhängig von dem sachkundigen Experten, über den sich zu stellen ihm in den meisten Fällen tatsächlich unmöglich ist. Nur die Richtigkeit des in der Begutachtung entwickelten Gedankenganges, die Stichhaltigkeit der Folgerungen wird man dem Richter stets zur Nachprüfung überlassen können. Der tadelnswerte Formalismus beginnt daher da, wo auch diese letztere Möglichkeit dem Richter benommen ist, wie es in *Luzern* und *Aargau* allgemein und in *Nidwalden* und *Zug* mit Bezug auf das Obergutachten der Fall ist.

Endlich ist noch zu bemerken, dass der Kanton *Nidwalden* wegen der Mangelhaftigkeit seiner beweisrechtlichen Vorschriften im Folgenden nicht mitgenommen werden kann. Es fehlen ihm insbesondere alle Vorschriften über den Urkundenbeweis. Die Bestimmungen über den Zeugenbeweis (es werden absolut und relativ unfähige, verwerfliche und verdächtige, sowie eidliche und berichtliche Zeugen unterschieden) und über den Beweiseid berechtigen uns wol, *Nidwalden* zu den Kantonen mit vollständig formaler Beweistheorie zu rechnen.

Gehen wir nun an die Gruppirung der kantonalen Beweisrechtssysteme nach ihrer Entwicklung von der gemeinrechtlichen Beweistheorie bis zum System der freien Beweiswürdigung, so finden wir

I. dass die erste Stufe, auf welcher die Beweiskraft aller Beweismittel formal geregelt ist, die Kantone *Luzern, St. Gallen, Aargau, Tessin* und *Zug* einnehmen. Alle fünf Kantone reguliren auch die Expertise formal. Ohne die Beweiskraft der Expertise formal zu gestalten, stehen auf dem gleichen Standpunkte die Kantone *Wallis, Uri, Schwyz, Schwyz* Entwurf, *Obwalden* und *Glarus*. *St. Gallen* zeichnet sich dadurch vor den andern Kantonen aus, dass hier, wie bereits angeführt, auch der Indizienbeweis formal geregelt wird. Im Urkundenbeweise ist hervorzuheben, dass die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde überall eine volle ist, dass sogar jeder Gegenbeweis ausgeschlossen bleibt. Dagegen unterscheiden sich *Glarus, St. Gallen, Aargau* und *Tessin* dadurch von den andern Kantonen, dass sie die Beweiskraft auf den Inhalt der Urkunde beziehen, während in den letztern die Beweiskraft richtiger darauf bezogen wird, dass das, was der Beamte als vor ihm geschehen bezeugt, für wahr gilt. Die Privaturkunden beweisen contra scribentem stets den Inhalt. In *Uri, Schwyz, Unterwalden* und *Zug* wird auch Urkunden von Drittpersonen unter gewissen Voraussetzungen volle Beweiskraft zugemessen, in *St. Gallen* werden solche als Indizien berücksichtigt. *Uri, Schwyz* Entwurf, *Glarus* und *Neuenburg* schliessen jeden Gegenbeweis, *Schwyz, Obwalden, Zug* und *Tessin* den Zeugenbeweis gegen Privaturkunden aus. Sogar der Buchbeweis ist formal geregelt in *Uri, Schwyz, Schwyz* Entwurf, *Glarus* und *Tessin*. Das Kapitel des Zeugenbeweises bietet ebenfalls verschiedene Unterscheidungen dar. Insbesondere ist hervorzuhehen, dass in *Luzern, St. Gallen, Aargau, Tessin* und *Wallis* zu einem vollen Beweise die übereinstimmende Aussage zweier klassischer Zeugen erfordert wird, während in *Uri, Zug, Schwyz, Schwyz* Entwurf schon diejenige eines einzigen klassischen Zeugen vollbeweiskräftig ist. Die Kategorie der verdächtigen Zeugen wird von *Luzern, Schwyz, Schwyz* Entwurf, *Obwalden, Zug* und *Tessin* aufgestellt, wobei zwar überall dem richterlichen Ermessen

einiger Spielraum gewährt wird, nirgends aber verdächtige Zeugen für sich allein vollen Beweis bilden können. Nur der *schwyzer* Entwurf macht insofern eine Ausnahme, als nach ihm die Beweiskraft vollständig der freien Würdigung unterliegt, also unter Umständen auch zu einer vollen werden kann. Die übrigen Kantone stellen mehr oder weniger umfangreiche Klassen von unfähigen und verwerflichen Zeugen auf (*St. Gallen* 19 (!), *Aargau* 9 verwerfliche, *Tessin* 8 · verdächtige), und zeigen insofern eine Menge von Nuancen, die wir hier nicht erwähnen wollen, da sie vollständig zu finden sind in der frühern Darstellung der Voraussetzungen der Beweiskraft des Zeugenbeweises. Bezüglich des Eides ist lediglich hervorzuheben, dass *Schwyz, Schwyz* Entwurf, *Glarus* und *Zug* nur die Form des Noteides aufstellen, während *Luzern* und *Uri* umgekehrt nur den Schiedseid kennen. Für die Charakterisirung des Beweissystems hat jedoch diese Verschiedenheit gar keine Bedeutung: die Aufstellung des Eides überhaupt bedeutet einen Formalismus in dieser und in jener Gestalt des Eides. Namentlich darf man nicht etwa das Fehlen des Schiedseides als einen Vorzug gegenüber den Kantonen mit Schiedseid auffassen, denn sowol Noteid wie Schiedseid werden in den genannten Kantonen als subsidiäre Hilfsmittel aufgestellt, die sich bezüglich des beweistheoretischen Wertes in gar nichts unterscheiden, da sie ja immer vollen Beweis bilden. Darum wäre es aber auch verkehrt, wenn man umgekehrt den Mangel des Noteides als Characteristicum für eine freie beweistheoretische Auffassung betrachten würde.

II. Die zweite Stufe nehmen diejenigen Kantone ein, welche die Beweiskraft der Zeugen dem freien richterlichen Ermessen überlassen, dagegen diejenige der Urkunden formal bestimmen und den Eid als Beweismittel aufstellen. Es sind dies: *Bern, Freiburg, Baselstadt, Baselland,- Schaffhausen* Entwurf, *Thurgau, Waadt, Neuenburg* und *Genf*. Zwar sind die verschiedenen Kategorien von absolut und relativ unfähigen

und von verwerflichen Zeugen (verdächtige kommen in dieser Gruppe nicht mehr vor) durchaus geeignet, als negative Beweisregeln die beweisrechtliche Stellung der einzelnen Kantone gegen einander zu verschieben, allein die Unterscheidungen zwischen den aufgeführten Kantonen sind doch nicht von fundamentaler Bedeutung. Hervorgehoben werden mag nur die Kategorie der verwerflichen Zeugen, welche die Kantone *Baselland*, *Thurgau* und *Neuenburg* aufstellen. Dass der blosse Antrag einer Partei einen Zeugen zum unfähigen machen kann, ist eine Erscheinung, die von praktischen Gesichtspunkten aus nicht unbedingt zu verwerfen ist, wenn ihr auch theoretisch die Existenzberechtigung abgesprochen werden muss (vgl. oben p. 223 f.). Auch kann aus ihr nicht etwa ein erschwerendes Moment für die beweistheoretische Charakteristik abgeleitet werden, denn die Personenklassen, welche in den einen Kantonen als verwerfliche Zeugen bezeichnet werden, figuriren in andern Kantonen unter den unfähigen; hier kann aber nicht mehr untersucht werden, wie im einzelnen die Auswahl der betreffenden Personenklassen zu beurteilen sei; es ist dies früher geschehen. Ohne jede Beschränkung steht nur der Kanton *Waadt* da. Im Urkundenbeweise haben wir gegenüber der vorigen Gruppe nur wenige Abweichungen zu notiren. *Bern, Baselstadt* und der *schaffhauser* Entwurf gestatten nämlich ausnahmsweise den Gegenbeweis gegen die öffentliche Urkunde, d. h. den Gegenbeweis dafür, dass die als geschehen bezeugten Tatsachen gar nicht oder nicht auf die angegebene Art geschehen seien. Die genannten Kantone beziehen überdies die Beweiskraft nur auf das, was der Beamte als geschehen bezeugt, während *Thurgau* und die französischen Kantone den Inhalt schlechtweg als beweiskräftig erklären. In der Eideslehre ist nur zu bemerken, dass *Baselstadt* und *Baselland* sich mit der Aufstellung des Noteides begnügen. Qualitativ stehen also *Bern, Baselstadt* und der *schaffhauser* Entwurf auf einer freiern Stufe als die übrigen Kantone.

III. In die dritte Gruppe haben wir jenes Beweissystem zu stellen, welches nur die öffentlichen Urkunden mit formaler Beweiskraft ausrüstet und den Eid als Beweismittel zulässt, dagegen also weder die Beweiskraft der Expertise, noch (im wesentlichen) diejenige der Zeugen und der Privaturkunden formal behandelt. Dahin gehört einzig der Kanton *Graubünden*, welcher zwar im Zeugenbeweise ziemlich umfangreiche Klassen unfähiger und verwerflicher Zeugen aufstellt.

IV. Eine vierte Gruppe bilden *Solothurn* und *Schaffhausen*, welche nur den Eid (*Schaffhausen* nur den Noteid) aufstellen und mit Ausnahme der Aufstellung der Klassen von unfähigen und verwerflichen Zeugen sonst keine Beweisregeln kennen. Der Formalismus erscheint damit zweifelsohne noch grösser als derjenige

V. der fünften Gruppe, wo zwar die öffentliche Urkunde mit voller Beweiskraft versehen ist, dagegen aber kein Eid existirt, denn der Formalismus, welcher in der vollen Beweiskraft der öffentlichen Urkunde liegt, ist im Grunde nur ein rein theoretischer, da de facto jeder öffentlichen Urkunde sozusagen überall und in allen Fällen voller Glaube beigemessen wird, während dagegen das Fehlen des Eides einen ganz enormen Fortschritt in der Beweislehre bedeutet, einen Fortschritt, über dessen Tragweite wir uns bereits früher in der Kritik der Eideslehre hinlänglich ausgesprochen haben. Die fünfte Gruppe bilden die Kantone *Appenzell A.-Rh.* und *Appenzell I.-Rh.* sowie der *aargauer* Entwurf, welche sich überdies im Kapitel des Zeugenbeweises dadurch vor den frühern Gruppen unterscheiden, dass sie den Umfang der Klassen der unfähigen und verwerflichen Zeugen auf ein Minimum oder (im *aargauer* Entwurf) sogar auf Null reduziren.

VI. Die sechste und letzte Gruppe endlich bezeichnet den vollständigen Triumph des Prinzipes der

freien Beweiswürdigung. Keine einzige Beweisregel bindet den Richter bei der Bildung seiner Überzeugung. Alle Beweismittel sind seinem vollen freien Ermessen überlassen. Auf diesem Standpunkte steht die gegenwärtige[365]) Civilprozessordnung des Kantons *Zürich*. Schade, dass die Bestimmung des § 366, wonach Verwandte des Beweisführers (in den ersten Graden) vom Zeugnisse ausgeschlossen werden, den vollständigen Triumph etwas dämpft. Warum nicht dem Richter die Fähigkeit, das Zeugnis eines Verwandten nach seinem individuellen Werte zu schätzen, zutrauen? Die Verwandtschaft ist gewiss nicht die ernsteste Gefahr für die Minderung der Glaubwürdigkeit, und wenn man die Wertung der letztern in allen übrigen Fällen dem Ermessen des Richters anheimstellt, so sollte man für den Fall der Verwandtschaft keine Ausnahme machen. Übrigens können in *Zürich* auch die Verwandten abgehört werden, wenn das Gericht die Abhörung in besondern Fällen für nötig erachtet; dies soll aber nur zur Aufklärung geschehen und es sollen die Aussagen mit der nötigen Vorsicht berücksichtigt werden. Wir haben bereits früher die Bemerkung gemacht, dass diese Empfehlung nötiger Vorsicht im Systeme der vollständigen Freiheit der Beweiswürdigung zum mindesten überflüssig genannt werden muss, denn bei diesem Systeme hat der Richter überhaupt, d. h. in allen Fällen, die Individualität des einzelnen Falles nach allen Seiten unter Abwägung aller und jeder auf die Überzeugung wirksamen Momente gewissenhaft zu prüfen.

Abgesehen von dieser einzigen Schranke repräsentirt aber der Kanton *Zürich* das Ideal des Beweisrechtes, das Ideal,

---

[365]) Auf dem gleichen Standpunkte stand schon die 1866er Civilprozessordnung, die erstmalige vollständige Kodifikation des Civilprozessrechtes im Kanton *Zürich*. Ihr Urheber (Prof. Dr. *J. J. Treichler*) hat das Verdienst, ein Werk geschaffen zu haben, das nicht nur den höchsten Ansprüchen der Wissenschaft, sondern auch denjenigen der Praxis vollkommen gerecht wird. Die gegenwärtige Civilprozessordnung entspricht zu $^{9}/_{10}$ der 1866er C. P. O.

welches dereinst hoffentlich dem *schweizerischen* Bundescivilprozesse als Vorbild dienen wird.

Die vorstehende Klassifikation der kantonalen Beweisrechtssysteme gibt das Bild der einzelnen Entwicklungsphasen der Beweistheorie und des Prinzipes der freien Beweiswürdigung. Es geht aus ihr hervor, dass die Systeme der ersten Gruppe meist Prozessgesetzen angehören, die zeitlich am weitesten zurückliegen, bei *Zug* (1863) und *Obwalden* (1867) trifft dies zwar nicht zu; allein die Stellung dieser Kantone erklärt sich aus dem Umstande, dass ihre Prozessgesetze den *schwyzerischen* Civilprozess zum unmittelbaren Vorbilde genommen haben. Anderseits gehören *Genf* (1819), *Solothurn* (1839) und *Freiburg* (1849), wo bereits der Zeugenbeweis von den wichtigsten Beweisregeln befreit ist, der ältern Zeit an, eine Erscheinung, die ihre Erklärung in dem Einflusse des französischen Rechtes findet. Die Prozessgesetze der zur dritten bis sechsten Gruppe gehörenden Kantone dagegen stammen sämtliche aus relativ neuerer Zeit (von 1867 an). Der *schwyzer* Entwurf muss als ein ganz bedenklicher Anachronismus bezeichnet werden; dass er sich gegen den modernen freiheitlichen Geist so total ablehnend, verschliessend verhält, ist völlig unbegreiflich. Was den *schaffhauser* Entwurf betrifft, so ist auch bei ihm ein Rückschritt gegenüber dem geltenden Rechte zu konstatiren; doch bedeutet dieser Rückschritt nicht ein wesentliches Ablenken von den bisherigen Prinzipien, da sich die Vermehrung der Beweisregeln auf die Urkunden bezieht, d. h. auf ein Beweismittel, dessen formale Behandlung einer durchaus begreiflichen rechtspolitischen Idee entspringt (vgl. oben pag. 202), die mit der ratio der übrigen gemeinrechtlichen Beweisregeln nichts gemein hat.

Will man nun eine Grenze zwischen Beweistheorie und Prinzip der freien Beweiswürdigung aufstellen und bestimmen, wo das Vorherrschen der einen aufhört und das Auftreten des andern beginnt, so muss man sich vorerst über die Behandlung

des Eides klar werden. Der Eid ist m. E. ein Produkt des beweisrechtlichen Formalismus κατ' ἐξοχήν. Man könnte daher, nach meiner Ansicht, genau genommen die Grenze erst zwischen der vierten und fünften Gruppe ziehen, da der Eid erst in der letztern verschwindet. Allein diese Behandlung würde offenbar den gegenwärtig über den Eid noch dominirenden Anschauungen nicht gerecht werden, sie würde auch die Kantone der dritten und vierten Gruppe in der Tat in etwas allzu dunkle Beleuchtung stellen, da hier ausser dem Eide die Beweisregeln teils auf ein unbedeutendes Minimum, teils auf Null reduzirt sind. Wenn man nun ferner in Betracht zieht, dass die formale Regelung des Urkundenbeweises in demjenigen Umfange, in welchem es in den Kantonen der zweiten, dritten und fünften Gruppe geschieht, nach der in der Prozessrechtswissenschaft herrschenden Meinung aus ausserprozessualen Gründen durchaus gerechtfertigt werden muss (was meine persönliche Ansicht, wie bemerkt, nicht ist), so kann man als Kriterium für die Bestimmung der Lage der zu ziehenden Grenze nur das Aufhören der formalen Beweiskraft des Zeugnisses, dieser wichtigsten Beweisregel des Zeugenbeweises, aufstellen. Gewiss bedeutet das Aufgeben der Regel *testis unus testis nullus* oder derjenigen des einzigen vollbeweisenden Zeugen einen ganz bedeutenden Fortschritt. Die Freiheit der Beweiswürdigung kommt ja unbestreitbar dem Zeugenbeweis im allerhöchsten Grade zu Gute, und hier steht naturgemäss dem Ermessen des Richters der grösste Spielraum zur Verfügung. Mögen auch die Voraussetzungen der Beweiskraft, welche die Glaubwürdigkeit der Zeugen betreffen, durch Aufstellung von verschiedenen Klassen absolut oder relativ unfähiger oder verwerflicher Zeugen formal geregelt werden, so bleibt doch, beim Wegfall der Regel *testis unus testis nullus* und derjenigen des einzigen vollbeweisenden Zeugen, dem Ermessen des Richters bei der Abwägung der Beweiskraft der zur Abhörung zugelassenen Zeugen ein so weites Feld übrig, dass damit gegenüber der frühern Stufe ein wesentlich (ich

möchte fast sagen ein prinzipiell) anderes, ein ganz neues Beweisrechtssystem begründet erscheint. Es ist deshalb ganz begreiflich, wenn einzelne Prozessgesetze der zweiten Stufe bereits die freie Beweiswürdigung prinzipiell proklamiren und die noch bestehenden Beweisregeln lediglich als Ausnahme von dem Prinzipe betrachten. Das ist in drei Kantonen der Fall. Die grosse Bedeutung dieser Tatsache rechtfertigt es, die betreffenden Gesetzesstellen hier wörtlich aufzuführen:

1. *Bern* bestimmt in § 169:

Über den Wert der Beweisführung hat das urteilende Gericht, nach sorgfältiger Prüfung und Gegeneinanderhaltung aller Teile der Beweisführung und aller Umstände des Falles, zu entscheiden und, sofern ihm nicht spezielle Vorschriften zur Richtschnur gegeben sind, zu beurteilen, ob die behauptete Tatsache nach dem ordentlichen Laufe der Dinge als gewiss angesehen werden müsse.

2. *Freiburg* sagt in Art. 296:

Après examen attentif et rapprochement préalablement fait de tous les actes relatifs à l'administration des preuves et des circonstances de la cause, le juge, appelé à statuer, apprécie la valeur des preuves produites; à moins qu'il ne soit lié par une disposition spéciale de la loi, il apprécie le fait comme certain d'après le cours ordinaire des choses.

3. *Baselland* § 115:

Über die Frage, ob ein Beweis als erbracht anzusehen sei, entscheidet der Richter, wenn nicht der Erfüllungs- oder Reinigungseid geschworen worden, nach freiem Ermessen.

Wir werden demnach die Grenze bereits zwischen der ersten und zweiten Stufe zu ziehen haben. Zeitlich fällt dieselbe in die zweite Hälfte der sechs-

ziger Jahre, wenn wir von den Kantonen *Freiburg, Solothurn* und *Genf* absehen, wo der Zeugenbeweis 20, 30 und 50 Jahre früher schon von der Hauptfessel losgelöst worden war.

In ähnlicher Weise wie einzelne Gesetze der zweiten, haben auch Kantone der spätern Entwicklungsstufen das Prinzip des freien richterlichen Ermessens allgemein ausgesprochen. So *Solothurn* in § 223:

> Über den Wert eines vorliegenden Beweises, wenn derselbe nicht durch den Eid der einen oder der andern Partei geleistet worden, hat der Richter nach sorgfältiger Untersuchung und Gegeneinanderhaltung aller Teile der Beweisführung und aller Umstände des Falles zu entscheiden und zu erwägen, ob er von der behaupteten Tatsache überzeugt sei oder nicht und ob er sie nach dem ordentlichen Gange der menschlichen Dinge als gewiss ansehe.

Ebenso *Schaffhausen,* das in § 172 mit dem § 290 der *zürcherischen* Prozessordnung wörtlich übereinstimmt:

> In der Würdigung der Beweise ist der Richter lediglich an seine Überzeugung gebunden, sofern ihn das Gesetz hierin nicht ausdrücklich beschränkt.

Dieser Formulirung hat sich auch der *schaffhauser* Entwurf angeschlossen, während der Entwurf des Kantons *Aargau* (seit der ersten Beratung der Grossratskommission) den § 259 der *deutschen* R. C. P. O. beinahe wörtlich adoptirt hat. § 170:

> Das Gericht hat unter Würdigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei.
>
> In dem Urteile sollen die Gründe angegeben werden, welche für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Auf gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

Nach diesem Wortlaute setzt die Entscheidung über eine tatsächliche Behauptung stets eine Beweisaufnahme voraus, während dies im D. R. C. P. nicht der Fall ist (hier wird nach dem Worte „Verhandlungen" fortgefahren, „und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme").[366] Hierin liegt ein weittragender Unterschied. Nach deutschem Recht wird also die Feststellung einer bestrittenen Tatsache, die Bildung richterlicher Überzeugung auch ohne irgendwelche Beweisaufnahme mit den gesetzlichen Beweismitteln für möglich erachtet und zugelassen. Nach dem *aargauer* Entwurf und allen bestehenden schweizerischen Prozessgesetzen dagegen setzt die Funktion der beweisbildenden richterlichen Tatsachenwürdigung stets eine Beweisführung, wenn auch nur den Anfang einer solchen, voraus. Das blosse Parteivorbringen hat in *Deutschland* (potenziell) beweisbildende Kraft. Vor richterlicher Willkür schützt dabei die Bestimmung, dass der Richter gehalten ist, in dem Urteile die Gründe anzugeben, welche für seine Überzeugung leitend gewesen sind. Einen Ersatz bildet aber in der Schweiz da, wo es eingeführt ist, das Institut der Parteienbefragung, das als alleiniges Beweismittel eine viel bessere Gewähr für eine solide Überzeugung bietet als das unaufgeforderte beweislose Parteivorbringen des Anwaltes oder der Partei für sich allein zu bieten im Stande ist. Im Verein mit einer andern Beweisführung aber hat auch in der Schweiz das richterliche Ermessen freien Spielraum, wo das Prinzip der freien Beweiswürdigung vorherrscht, und es können da alle Faktoren und Momente des Parteivorbringens, welche die richterliche Überzeugung zu unterstützen geeignet sind, gerade so gut wie im deutschen Reichscivilprozesse, vom Richter benützt werden.

Drei Hauptsysteme des Beweisrechtes können wir nach allem in der *Schweiz* unterscheiden: das erste mit dem Gepräge des scholastischen gemeinrechtlichen Formalismus (erste Stufe),

---

366) Vgl. *Wach*, Vorträge, p. 161 oben.

das zweite mit mehr oder weniger freier Regelung, aber immer noch mit dem Eide (zweite bis vierte Stufe), das dritte mit ganz entschiedener Abwerfung des gemeinrechtlichen Formalismus, ohne Eid (fünfte und sechste Stufe). Der Übersichtlichkeit halber möge hier eine tabellarische Übersicht der drei Hauptsysteme folgen:

I. Gemeinrechtlicher Formalismus.	**II. Mittelstellung.**	**III. Freiheit.**
a) Expertise, Zeugen, Urkunden formal; Eid.	*a) Öffentl. u. Privaturkunden formal; Eid.*	*a) Öffentl. Urkunden formal; k e i n Eid.*
Luzern (1851) *Zug (1863) St. Gallen (1850) Aargau (1851) Tessin (1843)[367]	Freiburg (1849) Baselland (1867) Thurgau (1867) Waadt (1867) Neuenburg (1879) Genf (1819) **Bern (1883) **Baselstadt (1875) **Schaffhausen-Entwurf (1887)	Appenzell A.-Rh. (1880) Appenzell I.-Rh. (1873) Aargau Entwurf (1888) *b) Ohne jeden Formalismus.*
b) Zeugen, Urkunden formal; Eid.	*b) Öffentl. Urkunden formal; Eid.*	Zürich (1874)
*Uri (1852) *Schwyz (1848) *Schwyz Entwurf (1886) *Obwalden (1867) *Glarus (1860) Wallis (1856)	Graubünden (1871) *c) Eid.* Solothurn (1839) Schaffhausen (1867)[367]	*Voller Beweis durch e i n e n klassischen Zeugen. **Gegenbeweis ist hier auch gegen öffentliche Urkunden zugelassen.

[367]) In seinen Motiven zu dem Entwurfe eines revidirten Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bern 1888) bezeichnet

Wenn Professor *Zeerleder* in seiner kurzen Zusammenstellung der deutsch-kantonalen Beweisrechtssysteme[368]) zu folgender Gruppirung kommt:

„*a)* Kantone mit im ganzen freier Beweiswürdigung ohne Haupteid: *Zürich, Schwyz, Obwalden, Glarus, Zug, Baselstadt, Baselland, Appenzell I.-Rh.*

Besondere Begünstigung des Urkundenbeweises bei *Schwyz, Glarus.*

Freie Beweiswürdigung mit Beibehaltung des Haupteides (der dann den Richter bindet): *Bern, Graubünden, Solothurn.*

b) Kantone mit im ganzen dem gemeinen Rechte folgender Beweistheorie: *Luzern, Aargau, St. Gallen* (Prozessordnungen aus den 40er und 50er Jahren)"

Bundesrichter Dr. *H. Hafner* (p. 91) *Tessin* neben *Zürich* und *Schaffhausen* als diejenigen drei Kantone, welche den Grundsatz der freien Beweiswürdigung unbeschränkt durchführen. Diese Angabe beruht nun, wie mir Herr Bundesrichter Dr. *Hafner* gütigst mitteilt, mit Bezug auf den Kanton *Tessin* auf dem Berichte des tessinischen Obergerichtes, welches in Beantwortung des Fragebogens Herrn Dr. *Hafner's* (Frage 21) in der Tat (wie ich mich persönlich überzeugt habe) die nackte Behauptung aufstellt, das tessinische Beweisrechtssystem sei auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung gegründet. Diese Behauptung steht aber mit den vollständig klaren Bestimmungen der tessinischen Civilprozessordnung, welche alle Beweismittel formal regelt, durchaus im Widerspruch. Es ist nun nicht anzunehmen, dass das tessinische Obergericht über den wissenschaftlich technischen Begriff der freien Beweiswürdigung sich so vollständig getäuscht habe, sondern jene Behauptung eher als ein Zeichen dafür aufzufassen, dass in *Tessin* die Praxis sich über den formalen Standpunkt des Gesetzes hinweggesetzt und in das System der freien Beweiswürdigung de facto eingelebt hat. Etwas ähnliches berichtet ja auch Fürsprech Dr. *J. Winkler* aus der *luzernischen* Gerichtspraxis (Verhandlungen des schweizer. Juristenvereins vom 9. Sept. 1880, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F., VIII, p. 650) mit Bezug auf den Indizienbeweis.

Was sodann den Kanton *Schaffhausen* betrifft, so stellt ihn Herr Dr. *Hafner* deshalb dem Kanton *Zürich* gleich, weil dort der Ergänzungseid, ausser in Vaterschaftsprozessen, beinahe gar nie in Anwendung gebracht werde.

[368]) Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F., II, p. 496.

so kann dieses unsern Ausführungen zum Teil ganz widersprechende Resultat nur daraus erklärt werden, dass Professor *Zeerleder* eine ganz verschiedene Methode angewendet hat, bei der er es nicht auf die Zahl der formal geregelten Beweismittel abkommen liess, sondern als Einteilungsgrund für die zwei Hauptgruppen offenbar hauptsächlich die Durchführung der Regel *testis unus testis nullus* gewählt hat. Prof. *Zeerleder* scheint demnach die Erscheinung des vollbeweisenden einen klassischen Zeugen der Kantone *Uri*, *Schwyz*, *Obwalden*, *Glarus* und *Zug* nicht als einen mit der Regel der zwei klassischen Zeugen gleichbedeutenden Formalismus zu betrachten, während m. E. diesen beiden Beweisregeln durchaus der nämliche Wert resp. Unwert zukommt.

Die freie Beweiswürdigung, die sich zuerst im Strafprozesse Bahn verschafft hat, ist im Begriffe, auch im Gebiete des Civilprozesses zur Herrschaft zu kommen. Wie sie sich in den deutschen Partikularrechten allmälig, wenn auch oft nur in primitiver Gestalt, zur Geltung gebracht hat und im deutschen Reichscivilprozess (§ 259) als herrschendes Prinzip durchgedrungen ist, so hat sie auch in den schweizerischen Prozessordnungen ihren Eingang gefunden und zum Teil eine ganz einzig dastehende Ausbildung erfahren.[369])

---

[369]) Wo noch die Legaltheorie herrscht, ist man von der Haltlosigkeit derselben überzeugt. Das zeigen die zahlreichen Voten, die über dieses Thema am letzten Juristentage in *Luzern* gefallen sind. — Der *tessiner* Jurist *Brenno Bertoni* ruft in einem seiner Artikel: Sulla riforma della procedura civile, pensieri e proposte (Repertorio di giurisprudenza patria Vol. VII [1887], p. 436) aus: „Facciamo voti adunque che si abbandoni il sistema delle prove legali. Si dia ampia facoltà al Giudice, durante la procedura probatoria, di interrogare le parti sopra fatti e circostanze e di eccitarle a darne le prove suggerendone anche i mezzi che la sua esperienza gli suggerisce, di dichiarar provato un dato fatto, onde evitare le prove ulteriori inutili, di chiamar d'ufficio testimoni non suppeditati dalle parti (hier geht *Bertoni* entschieden zu weit), e di decidere non in base alle prove legali ma in base al suo convincimento che dovrà essere largamente motivato.

Verschiedene Bundesgesetze civilrechtlichen Inhalts haben das Prinzip des freien richterlichen Ermessens ausdrücklich und in bewusstem Gegensatze zu den kantonalrechtlichen Beweisregeln aufgestellt. Was wir im Kapitel des Schätzungseides hierüber ausgeführt, das hat selbstverständlich Geltung gegenüber der gesamten Beweistheorie. Schadenersatzansprüche aus den Art. 50 ff. des Bundesobligationenrechtes, Klagen, die sich auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz oder auf die klagschutzverleihenden Bestimmungen des Urheberrechtes stützen, dürfen nirgends mehr nach festen Beweisregeln beurteilt werden. Damit hat der Bundesgesetzgeber allerdings tief ins kantonale Prozessrecht hineingeschnitten; er hat es aber nur getan, soweit das zur wirksamen Durchführung der einheitlichen Rechtsmaterien durchaus notwendig war. Es war bereits ein bedeutsames Symptom für die Unhaltbarkeit der formalen Beweistheorie, als das *französische* Recht seine starren Regeln, mit welchen es den Urkundenbeweis umgab, zu Gunsten der Handelssachen preisgab; eine gleiche Erscheinung ist in neuester Zeit im Kanton *Aargau* aufgetreten, wo man inmitten des blühendsten gemeinrechtlichen Formalismus eine Handelsgerichtsordnung einführte, die auf das Prinzip der vollständig freien Beweiswürdigung basirt ist.[370]) Das Bedürfnis, welches gerade im Handelsprozesse zu der Einführung des modernen Prinzipes geführt hat, zeigt sich in Wahrheit für die gesamte Prozessführung. Nicht nach Schablone, sondern nach Vernunft und konkreter Einsicht soll der Richter entscheiden! Nicht die Bequemlichkeit, nicht die Verantwortungslosigkeit des Richters, die durch den scholastischen Formalismus gezüchtet

---

[370]) Gesetz zu einer Handelsgerichts-Ordnung für den Kanton *Aargau*, vom 12. Juli 1887. § 37: Bei Durchführung des Beweisverfahrens vor Instruktionsrichter gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. § 38: Das Beweismittel des Eides in jeder Form ist im Handelsprozess unzulässig. § 67: Das Gericht würdigt sämmtliche erhobene Beweise nach freiem Ermessen.

worden und beinahe unentbehrlich geworden zu sein scheinen, sollen die Grundpfeiler der Rechtsprechung sein, sondern die gewissenhafte, die volle Verantwortlichkeit des Richters beanspruchende Prüfung der Tatsachen, wie sie sich nach ihrer Individualität darstellen! Dieses Ziel aber ist vollkommen nur zu erreichen unter der Herrschaft des Prinzips der unbeschränkten freien Beweiswürdigung.



